Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

REPORT

obtaining forensic evidence

25

Canada

REPORT 25

OBTAINING FORENSIC EVIDENCE

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1985
Catalogue No. J31-45/1985
ISBN 0-662-53735-1

REPORT

ON

OBTAINING FORENSIC EVIDENCE

Investigative Procedures in Respect of the Person

January, 1985

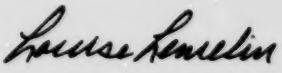
The Honourable John Crosbie, P.C., Q.C., M.P.,
Minister of Justice
and Attorney General of Canada,
Ottawa, Canada.

Dear Mr. Minister:

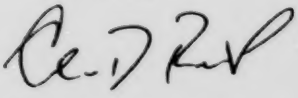
In accordance with the provisions of section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith this Report, with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on obtaining forensic evidence.

Yours respectfully,

Allen M. Linden
President



Louise Lemelin, Q.C.
Commissioner



Alan D. Reid, Q.C.
Commissioner

Joseph Maingot, Q.C.
Commissioner

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Winston McCalla, Q.C., LL.B., LL.M., Ph.D.

Principal Consultant

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Acknowledgments

The Commission is grateful to the many individuals, groups and organizations consulted in the course of preparing this Report, all of whom contributed significantly to its development. Although it would not be possible to name all of those from whose advice we benefited, we owe a special word of thanks to Professors Jerome Bickenbach, Alan Brudner, Ed Ratushny and Robert Solomon for their generous assistance and very helpful suggestions. We hasten to add, of course, that the views that have ultimately been expressed herein remain those of the Commission, and do not necessarily reflect the views of these advisers.

Completion of this Report in its present form would not have been possible without the guidance of, and the very active interest taken by Professor Jacques Fortin, the late Vice-President of the Commission.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: The Need for a Rational Comprehensive Regime 5

I. Inconsistency and Uncertainty in the Present Law 9
II. Outdated Nature of the Present Law 12
III. The Charter Implications of Investigative Procedures in Respect of the Person 13

CHAPTER TWO: Issues and Guidelines for the Statutory Regulation of Investigative Procedures in Respect of the Person 15

I. Consistency with the Charter 15
A. Protection against Self-Incrimination 15
B. The Presumption of Innocence 18
C. Security of the Person 21
D. Unreasonable Search or Seizure 21
E. Cruel and Unusual Treatment 23
II. Permissible Procedures 23
III. Grounds and Authority for Conducting Investigative Procedures in Respect of the Person 24
IV. Protections and Safeguards 26
V. The Consequences of Violation of Procedural Requirements 29
VI. Ensuring the Subject's Co-operation 31

CHAPTER THREE: Our Recommendations 35

Introduction

As part of its commitment to a fundamental and comprehensive review of criminal law in Canada, and to a principled reformation of criminal procedure, the Law Reform Commission of Canada embarked some time ago upon a number of interrelated projects dealing with the subject of police powers and procedures. The outcome of that undertaking, to date, has been the publication of several separate Study Papers, Working Papers and Reports containing detailed recommendations designed to rationalize, reform and consolidate the law applicable to the conduct of police investigations.

Our work in the area of police powers and procedures is premised on the basic assumption that clear and reasonable limits must be placed on the investigative powers of the police. It proceeds from a recognition that there is no point in the criminal process when a greater potential for disparity between state and individual power and resources exists than at the investigatory stage. This is particularly true in situations where a criminal suspect has been arrested or detained. Wherever "gaps" exist in the laws that govern the various aspects of police investigations, the potential for disparity increases. In the absence of clear and comprehensive rules, there exists enormous opportunity for oppression and intimidation.

Viewed in this light, the effective control and regulation of police activities, through the imposition of clear and reasonable limits, is an essential protection against the arbitrary invasion of personal privacy and security. It is, in short, one of the hallmarks of a free and democratic society.

Besides protecting those individual interests that are directly threatened by the spectre of unchecked state power and unfettered police discretion, the creation of legal rules is necessary to provide the police with adequate guidance as to how they should conduct criminal investigations, and thereby to ensure that such investigations conform to the standards set by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.[1]

Rules of criminal procedure are more than a purely pragmatic necessity. They both reflect and determine the quality of our justice system and the nature of our society. Procedural rules should not be viewed as measures designed to frustrate successful prosecutions by giving criminals "technicalities" to hide behind. Their function is to define with certainty the limits of permissible governmental intrusion upon the legitimate interests of individuals. If properly formulated, such rules should, in fact, enhance the quality of police investigations and of the evidence that results therefrom.

---

1. Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

This Report, having now been placed in its proper perspective, is directed toward the rational and comprehensive statutory regulation of one aspect of criminal investigations that has yet to be adequately addressed by Canadian jurisprudence: namely, investigative procedures in respect of the person. Our concern is with those procedures that may be used as a means of obtaining evidence directly from accused persons and/or criminal suspects, and that either require some form of participation on the accused's or suspect's part, or constitute an intrusive interference with his or her physical or mental integrity. While other related Reports (that is to say, those on *Questioning Suspects*[2] and *Search and Seizure*[3]) have already dealt with investigative procedures that may be thought of as standing on the edge of this sphere, the focus of our present Report is on techniques that go beyond simple interrogation, "frisk" searches and the like. Here we are concerned with investigative procedures (many of which are more or less "scientific" in nature) that are potentially more intimate: specifically, procedures that utilize the person's body or mind as a source of incriminatory evidence. Defined in these terms, "investigative procedures in respect of the person" would include such procedures as: lineups and showups; examination for identifying marks; "strip searches"; forensic physical examination by a trained physician; searches of the person for concealed or foreign objects by means of X-rays, the probing of body cavities, and so forth; photography; fingerprinting; the making of dental or bite impressions; the taking of body measurements; the removal of substances or residues from the subject's skin for laboratory analysis; the taking of hair, blood, saliva or other body substance samples for laboratory analysis; the removal of concealed or foreign objects from within the subject's body; the administration of various drugs or substances (for example, "truth drugs," emetics, enemas); physical performance tests (that is, tests for assessing alcohol- or drug-induced impairment), the taking of handwriting samples; the taking of breath samples; the taking of voice samples; polygraph examination; psychiatric examination; hypnosis; and so on. Common to all of these procedures are a number of far-reaching legal and social policy issues. Resort, by state agents, to investigative techniques of the type described above raises basic questions concerning individual privacy, human dignity, personal safety and security, self-incrimination and the presumption of innocence. Considering the importance and complexity of these issues, we believe the systematic treatment of investigative procedures in respect of the person to be long overdue in Canadian law. Very few investigative procedures in respect of the person have been the subject of clear statutory regulation in this country. No uniform policy is readily discernible. No rational and comprehensive code is in place to deal with questions as to when such procedures may be used, how they should be performed, or what the rights and obligations of prospective subjects are. At present, when we read in the newspapers or law reports that an accused person has been linked to a particular offence by means of "real" or "physical" evidence, oft-times this result has only been made possible through the co-operation of the accused or through the ingenuity of the police. Where such evidence is admitted at trial, moreover, this is not necessarily because its obtaining was authorized or provided for by law; generally, under

---

2. Law Reform Commission of Canada, *Questioning Suspects*, [Report 23] (Ottawa: Supply and Services, 1984).

3. Law Reform Commission of Canada, *Search and Seizure*, [Report 24] (Ottawa: Supply and Services, 1984).

the present law, even evidence that has been improperly obtained is *prima facie* admissible if it is relevant.

Our starting point in this Report, as in our other Working Papers and Reports on police powers and procedures, is the fundamental rule-of-law principle that precludes agents of the state from encroaching upon individual freedom and privacy except to the extent that such encroachment is authorized by law.[4] We believe, as did the recent Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, that "[i]t is fundamental that all investigative techniques not lawfully available to the ordinary citizen be provided for by law."[5] Our ultimate goal, once again, is that of delineating, through the creation of specific statutory rules, the appropriate limits of police intrusion upon legitimate individual interests. The basic question we address concerns the role that an accused person or criminal suspect should be required to play in the gathering of information that may ultimately be used to establish his or her guilt in a criminal case. At one extreme, it may be argued that the accused or suspected person should be required, in the interest of effective law enforcement, to submit to any potentially probative investigative procedures. At the other extreme, it may be argued that, in an adversary system of criminal justice, the state should be required to prove its case without ever subjecting the accused or suspected person to procedures in which he or she is utilized as a source of evidence. Unfortunately, the doctrine of the rule of law does not in itself dictate what precisely the obligations of the accused or suspected person, or the powers of the state should be.[6] Our own opinion, based on the analysis that follows, and reflected in the recommendations set out at the end of this Report, may be summarized in three simple propositions. First, we believe it to be essential that certain investigative procedures in respect of the person be expressly prohibited in all circumstances. Second, we believe it to be important that other investigative procedures in respect of the person be permitted in cases where the subject has clearly consented. Third, we believe it to be appropriate to require persons to submit to a *limited number* of investigative procedures in respect of the person, but only in certain carefully defined circumstances. Although the circumstances we envision will be explained in more detail below, we should stress at the outset that, in our opinion, *prior judicial authorization* should normally be an essential prerequisite. Having defined the role of the suspected or accused person in accordance with these three propositions, we go on to consider several important ancillary questions relating to the types of procedural protections and safeguards to which the suspect or accused should be entitled, the consequences that should result from a violation of the procedures we are proposing, and the most appropriate method for ensuring the

---

4. See E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Toronto: Carswell, 1979), p. 12. And see generally E. L. Barrett, Jr., "Police Practices and the Law — From Arrest to Release or Charge" (1962), 50 *Calif. L. Rev.* 11.

5. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, Mr. Justice D.C. McDonald, Chairman, *Freedom and Security under the Law*, [Second Report] (Ottawa: Supply and Services, 1981), vol. 1, p. 410. For a view of police powers that differs in some respects from that of the Commission of Inquiry, see the Federal/Provincial Committee of Criminal Justice Officials, R. M. McLeod, Chairman, *Report to Deputy Ministers of Justice, Deputy Attorneys General and Deputy Solicitors General by the Federal/Provincial Committee of Criminal Justice Officials with Respect to the McDonald Commission Report* (Ottawa: Department of the Solicitor General of Canada, 1983).

6. See Ratushny, *supra*, note 4, p. 47.

noted in the commentary to the American Law Institute's rules, there is a need to provide the police with a "clear mandate ..."[14] as to how they should proceed.

Notwithstanding the advances of forensic science, and the fact that similar exercises have been undertaken in other jurisdictions, we believe that any fundamental reform of the present law relating to investigative procedures in respect of the person must be grounded in logic and supported by sound legal and social policy reasons. The particular regime that we are proposing in this Report arises from a number of considerations. First and foremost is our desire to ensure that the law relating to such procedures conforms to certain basic requirements and policy premises. In this regard, we refer to the Government of Canada's recent policy document on *The Criminal Law in Canadian Society*,[15] wherein several principles to which we have long adhered, and which are intended to serve as guidelines for the future development of Canadian criminal law and procedure, are articulated. One of those principles is that "the criminal law should provide and clearly define powers necessary to facilitate the conduct of criminal investigations ... without unreasonably or arbitrarily interfering with individual rights and freedoms; ..."[16] Effective implementation of this principle, in our present context, requires, first of all, that the powers of state agents (that is, the police) and the rights of individuals be placed on a statutory footing. We view the interests at stake, in defining the state-individual relationship, to be of considerable importance. As we have stated in our recent Report on *Questioning Suspects*,[17] such interests (tied, as they are, to the fundamental ideal of the rule of law) can only be properly served through the use of a mechanism that guarantees stability, uniformity and accountability. Beyond this, effective implementation of the above-stated principle also requires that an appropriate equilibrium be struck between competing interests.[18] On the one hand, society has an interest in deterring and preventing crime through effective detection and prosecution.[19] Protection of society through the reduction of crime is, as the Canadian Committee on Corrections stated, "the primary purpose of the entire criminal process ...."[20] On the other hand, however, society has an equally important interest in protecting the fundamental rights and freedoms of its individual members through regulation of the manner in which agents of the state go about gathering evidence.[21] To be balanced against the goal of effective policing and prosecution, therefore, are the socially essential concepts of individual privacy, human dignity, personal safety and security,[22] and the presumption of innocence. Even from a

---

14. *Supra*, note 8, p. 423.

15. Government of Canada, *The Criminal Law in Canadian Society* (Ottawa: Government of Canada, 1982).

16. *Ibid.*, p. 53.

17. *Supra*, note 2, p. 9.

18. See the Royal Commission on Criminal Procedure, *supra*, note 11, para. 1.11, p. 4.

19. See Canadian Committee on Corrections, Hon. R. Ouimet, Chairman, *Report of the Canadian Committee on Corrections: Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (Ottawa: Information Canada, 1969), p. 48.

20. *Ibid.*

21. Hon. Lord Thomson, *Criminal Procedure in Scotland*, [Second Report] Cmnd. 6218 (Edinburgh: HMSO, 1975), para. 2.03, p. 8.

22. See Law Reform Commission of Canada, *Criminal Procedure: Discovery*, [Working Paper 4] (Ottawa: Information Canada, 1974), p. 5; Law Reform Commission of Canada, *Medical Treatment and Criminal Law*, [Working Paper 26] (Ottawa: Supply and Services, 1980), p. 6.

purely pragmatic standpoint, it must be recognized that the interest of society in effective law enforcement ultimately cannot be served by extension of police powers at the cost of community support.[23]

Acceptance of the importance of individual rights and freedoms in the maintenance of balance, in our view, demands that criminal procedure become more concerned with the manner in which evidence is obtained. A state that recognizes the existence of such rights and freedoms must provide the means for ensuring that they are respected. In the past, as indicated by the well-known case of *The Queen* v. *Wray*,[24] and by a number of cases dealing specifically with physical evidence obtained through the improper use of various investigative procedures in respect of the person,[25] relevance and reliability of evidence appear to have been the major foci of judicial attention. In *Attorney General for Quebec* v. *Begin*,[26] for example, Kerwin C.J.C. (Abbott J. concurring) expressed the opinion (*obiter*) that the results of a blood test would not be rendered inadmissible simply because the sample had been taken from the accused without his or her consent. His Lordship quoted with approval the statement of the Judicial Committee of the Privy Council in *Kuruma* v. *The Queen* that "when it is a question of the admission of evidence strictly it is not whether the method by which it was obtained is tortious but excusable but whether what has been obtained is relevant to the issue being tried."[27] In *Wray*, the overriding judicial discretion to exclude relevant admissible evidence that had been improperly obtained was confined to situations in which the evidence was of "trifling" probative value as compared with its prejudicial effect. Unless it affected the probative value of such evidence, therefore, the manner in which it was obtained was of little consequence. With the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, however (section 24 in particular[28]), the importance of the rule in *Wray* may now be taken to have been reduced considerably; at least where Charter rights are concerned, admission of relevant evidence will now be subject to additional procedural controls. As a result, our courts, and indeed our legislators, should now have a heightened interest in the manner in which evidence is gathered. We believe that "front end" statutory regulation of the procedures by which evidence is obtained is consistent with the basic aims and underlying rationale of the Charter. Such regulation, by providing additional guidance to police officers, can help ensure compliance with the Charter and respect for individual rights and freedoms. In situations where the legitimate interests of individuals might not be

---

23. See Canadian Committee on Corrections, *supra*, note 19, p. 48.

24. *The Queen* v. *Wray*, [1971] S.C.R. 272.

25. See *Attorney General for Quebec* v. *Begin*, [1955] S.C.R. 593; *R.* v. *McNamara* (1951), 99 C.C.C. 107 (Ont. C.A.); *R.* v. *McIntyre* (1951), 102 C.C.C. 104 (Alta. S.C.).

26. *Attorney General for Quebec* v. *Begin*, *supra*, note 25, p. 595.

27. *Kuruma* v. *The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.), p. 204.

28. Section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 1, provides as follows:

> 24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.
>
> (2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

protected adequately by the minimum requirements of the Charter, moreover (and, *a fortiori*, in circumstances where the rule in *Wray* would still apply), we believe procedural regulation, including the creation of a separate exclusionary rule, to be particularly important. (We shall be returning to the subject of exclusion of evidence in Chapter Two, Part V of this Report.)

Another principle to which we have long adhered is that "in order to ensure equality of treatment and accountability, discretion at critical points of the criminal justice process should be governed by appropriate controls; ..."[29] Implementation of this principle, in the context of investigative procedures in respect of the person, requires, once again, that the rules governing the use of such procedures take a statutory form. Equality of treatment (and, hence, compliance with subsection 15(1) of the Charter[30]) is, in our view, most capable of being achieved once legislation of uniform application is in place. Implementation of the above-stated principle further requires that the conditions under which such procedures may be carried out be narrowly circumscribed by rules that minimize the possibility of their unjustified use. It also requires the creation of mechanisms that ensure accountability and openness (see, in particular, Recommendation 7).

A third principle to which we have long adhered is that "the criminal law should ... clearly and accessibly set forth the rights of persons whose liberty is put directly at risk through the criminal law process; ..."[31] This principle demands that basic and explicit statutory safeguards be established for persons who may be required to submit to investigative procedures in respect of the person, and that such persons be made aware of these safeguards.[32] As was suggested some time ago in a Study Paper entitled *Towards a Codification of Canadian Criminal Law*,[33] codification may be viewed as the primary vehicle for ensuring public access to the law. We believe, moreover, that such access can be enhanced through the enactment of provisions requiring that prospective subjects of investigative procedures in respect of the person be informed of their rights.

Arising out of the general policy considerations expressed by the above principles, we have a number of specific concerns that, to us, suggest a fundamental reform of the present law to be in order and require that investigative procedures in respect of the person be statutorily regulated in a rational and comprehensive fashion. These concerns are: (1) the element of inconsistency and uncertainty that exists in the present law; (2) the outdated nature of the present law; and (3) the Charter implications of investigative procedures in respect of the person.

---

29. *Supra*, note 15, p. 54.

30. Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 1, provides in part as follows:

    (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination ....

31. *Supra*, note 15, p. 53.

32. *Supra*, note 15, p. 61.

33. Law Reform Commission of Canada, *Towards a Codification of Canadian Criminal Law*, [Study Paper] (Ottawa: Information Canada, 1976), pp. 21-24.

I. Inconsistency and Uncertainty in the Present Law

Only a very few investigative procedures in respect of the person are specifically dealt with by legislation. In fact, the only procedures specifically and unambiguously sanctioned in the relevant federal legislation governing criminal procedure are: fingerprinting;[34] photography;[35] the "measurements, processes and operations practised under the system for the identification of criminals commonly known as the Bertillon Signaletic System ...";[36] and the taking of breath samples.[37] Although the probative value of other investigative procedures in respect of the person is recognized daily in our courts, required submission to such procedures either has not been sanctioned, or has been specifically prohibited.[38] The rationale behind this state of affairs is not readily apparent. This is particularly true in light of the fact that the police retain, in some instances, the power forcibly to compel criminal suspects and/or accused persons to submit to certain notoriously unreliable investigative procedures.[39]

The confused state of the present law is perhaps partially attributable to the fact that the few legislative provisions governing investigative procedures in respect of the person are not gathered together in one place. In circumstances where resort to such investigative procedures is not covered by statute, moreover, the common law retains an undesirable degree of ambiguity. To what extent, for example, might the common law powers of the police to "arrest and investigate" justify the forcible administration of various investigative procedures in respect of the person? As regards procedures that involve the obtaining of body substances, the New Zealand Criminal Law Reform Committee has flatly stated that no common law authority exists, and that the use of force for such purposes would be an assault.[40] While this position would seem to accord with that taken in Canadian

---

34. P.C. 1954-1109 (C.R.C. 1955, p. 1855) under the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1.

35. *Ibid.*

36. *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, subsection 2(1).

37. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, subsections 235(1) and 240.1(1). See also subsection 234.1(1).

38. See subsection 237(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provides that:

> (2) No person is required to give a sample of blood, urine or other bodily substance for chemical analysis for the purposes of this section except breath as required under section 234.1, 235 or 240.1, and evidence that a person failed or refused to give such a sample or that such a sample was not taken is not admissible nor shall such a failure or refusal or the fact that a sample was not taken be the subject of comment by any person in the proceedings.

39. Section 2 of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, for example, permits the use of force for the purpose of subjecting accused persons to the Bertillon Signaletic System of identification. The outmoded and unreliable nature of this identification system is discussed in Chapter One, Part II of this Report. As noted in the case of *Marcoux and Solomon* v. *The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 1 (S.C.C.), p. 7, force may also be used for the purpose of compelling suspects or accused persons to participate in identification lineups. For a discussion of the unreliable nature of identification lineups, see Neil Brooks, *Police Guidelines: Pretrial Eyewitness Identification Procedures*, [Study Paper prepared for the Law Reform Commission of Canada] (Ottawa: Supply and Services, 1983), pp. 7-11.

40. *Supra*, note 10, para. 9, p. 4. See also Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 9, para. 130, p. 57; *Ex parte Kearney*, [1966] Qd. R. 306 (S.C.), p. 311; Canadian Committee on Corrections, *supra*, note 19, p. 62.

decisions specifically relating to the taking of body substances,[41] it appears that procedures aimed at the removal of concealed (as opposed to indigenous) substances from the body of a criminal suspect may fall within the common law power of search incident to arrest — even if such search procedures involve a greater degree of intrusion to the subject than most procedures involving the removal of body substances. In *R.* v. *Brezack*,[42] for example, the insertion of an officer's fingers into the subject's mouth for the purpose of ascertaining whether a prohibited drug had been concealed therein was held to be lawful, rendering the accused's biting of the officer's hand assault of a "peace officer engaged in the execution of his duty ..." for the purposes of paragraph 296(*b*) (now paragraph 246(1)(*a*)) of the *Criminal Code*. In *Reynen* v. *Antonenko*,[43] it was held that a physician's removal of concealed drugs from an arrested person's rectum at the request of the police fell within the common law power of search and did not, therefore, constitute assault and battery.[44]

As regards procedures that involve the removal from an accused's or suspect's body of substances that are neither indigenous nor concealed (such as fingernail scrapings, gunshot and other residues, and so forth), there is little definitive case-law.[45] A survey of the Canadian jurisprudence, moreover, indicates that there may be some doubt concerning the extent to which an arrested person may be subjected to potentially incriminating physical scrutiny without his or her consent.[46] As suggested by a number of Canadian cases,[47] however, such doubt does not extend to the active performance by the accused of various physical tests (for example, for impairment) at the request of the police. Clearly, there is no obligation for the accused to co-operate to this extent, nor any lawful method (involving physical force or criminal penalty) by which such co-operation may be compelled.[48] Things become less clear, however, where all that is required of the subject is passive submission.[49] In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*,[50] the Supreme Court of Canada considered *inter alia* the extent to which compelling an accused person to participate in a lineup was an authorized police practice under the common law. Speaking for the court, Dickson J. (as he then was) expressed the opinion that "the application of

---

41. See *R.* v. *Turnick (No. 2)* (1920), 54 N.S.R. 69 (S.C.); *R.* v. *Frechette* (1948), 93 C.C.C. 111 (Qué. Sess.), aff'd (1949), 94 C.C.C. 392 (Qué. K.B.); *R.* v. *Burns*, [1965] 4 C.C.C. 298 (Ont. H.C.).

42. *R.* v. *Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.).

43. *Reynen* v. *Antonenko* (1975), 30 C.R.N.S. 135 (Alta. S.C.). But see *R.* v. *Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137 (B.C. Co. Ct.).

44. See the judgment of MacDonald J. in *Reynen* v. *Antonenko*, *ibid.*, pp. 139-144. But see Canadian Committee on Corrections, *supra*, note 19, p. 62.

45. See, however, *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. 343 (Qué. Q.B.), a search and seizure case in which the court refused to issue a warrant permitting major surgery to remove a bullet from the accused.

46. See A. E. Popple, "Practice Note" to *R.* v. *Moore* (1961), 36 C.R. 243, p. 243. See also J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard, *Phipson on Evidence*, 13th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1982), p. 10.

47. See, *e.g.*, *R.* v. *Shaw*, [1965] 1 C.C.C. 130 (B.C. C.A.).

48. *Ibid.*

49. See Indian Law Institute, *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused* (Bombay: Tripathi, 1963), pp. 12-13. There may be circumstances in which it is difficult to ascertain whether behaviour is active or passive in this sense. See L. House, "Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence" (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353, p. 358.

50. *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, *supra*, note 39.

force to compel an accused or a suspect to take part in a line-up may raise a question as to the limits on the powers of the police in relation to detained persons,"[51] but that "[r]easonable compulsion to this end is ... an incident to the police power to arrest and investigate, and no more subject to objection than compelling the accused to exhibit his person for observation by a prosecution witness during a trial."[52] His Lordship went on to quote from the decision of England's Court of Appeal in *Dallison* v. *Caffery*,[53] where Lord Denning had said that: "When a constable has taken into custody a person reasonably suspected of felony, he can do what is reasonable to investigate the matter, and to see whether the suspicions are supported or not by further evidence ...."

The question of whether or not the forcible fingerprinting of arrested persons is permitted at common law in situations not covered by the *Identification of Criminals Act*[54] has been considered — and answered differently — in a number of Canadian decisions.[55] This issue has yet to be definitively resolved.[56] In several reported cases in other jurisdictions, it has been held that no common law power exists with regard to the photographing of criminal suspects upon arrest.[57] As England's Royal Commission on Criminal Procedure has observed, however, photography may be distinguished from fingerprinting, since it does not necessarily require physical contact with the subject. For this reason, it is difficult to find English cases in which unauthorized photographing of criminal suspects by the police has been held to be unlawful (that is to say, as constituting an assault).[58]

Even where a particular procedure has been made the subject of legislation, such legislation has sometimes been unnecessarily vague. Psychiatric examination, for example, is implicitly (though not explicitly) authorized with respect to certain persons charged with, or convicted of, criminal offences (both summary and indictable) by various sections of the *Criminal Code*.[59] Once an accused person has been remanded to, or ordered to

---

51. *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, *supra*, note 39, p. 7.

52. *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, *supra*, note 39. See also *Adair* v. *M'Garry*, *Byrne* v. *H.M. Advocate*, [1933] J.C. 72, *per* Lord Morison, p. 89.

53. *Dallison* v. *Caffery*, [1964] 2 All E.R. 610 (C.A.), p. 617.

54. *Supra*, note 34.

55. See *R.* v. *Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (B.C. S.C.); *R.* v. *Danilhik* (1944), 82 C.C.C. 264 (Man. K.B.); *R.* v. *Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365 (N.B. S.C.A.D.); *R.* v. *A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55 (B.C. C.A.); *R.* v. *D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157 (P.E.I. S.C.A.D.); *Brown* v. *Baugh and Williams* (1984), 11 C.C.C. (3d) 1 (S.C.C.).

56. In *Brown* v. *Baugh and Williams*, *supra*, note 55, it was held that the provisions of the *Identification of Criminals Act* authorized the forcible fingerprinting of a juvenile who was in custody charged under the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3 (now repealed) with a delinquency that was also an indictable offence. Chouinard J. (Dickson, Beetz and McIntyre JJ. concurring) said at page 10: "In view of my conclusion on the statutory point it is unnecessary to express any opinion on the common law point." See L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (London: Butterworths, 1975), pp. 199-203.

57. See *R.* v. *Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (Aust. H.C.) *per* Barwick C.J., p. 334; *R.* v. *Hass*, [1972] 1 N.S.W.L.R. 589 (C.C.A.); *Adamson* v. *Martin*, [1916] J.C. 319.

58. The Royal Commission on Criminal Procedure, Sir C. Philips, Chairman, *The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure*, Cmnd. 8092-1 (London: HMSO, 1981), para. 95, p. 34.

59. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. See, *e.g.*, ss. 465(1)(c), 465(2), 543(2), 543(2.1), 608.2, 691(1), 691(2), 738(5) and 738(6).

attend, a psychiatric facility for "observation," however, these provisions are not very clear as to what procedures the "observers" are authorized to perform, or the extent to which the accused is obliged to co-operate.[60]

It is our opinion that the element of inconsistency and uncertainty that exists in the present law concerning investigative procedures in respect of the person demands rectification. Consistency is necessary in order for the law to be (and to be perceived as being) inherently and demonstrably just. Certainty, insofar as the limits of police powers and the extent of an accused's or suspect's obligations are concerned, is essential to a clear definition of the relationship between the state and the individual. We view consistency and certainty in the area of investigative procedures in respect of the person as being essential to the very maintenance of the rule of law.

II. Outdated Nature of the Present Law

The law's apparent failure to keep pace with the advances of science is reflected in part by statutorily enshrined references to the outmoded and invalidated scientific principles of a bygone era.[61] By way of example, subsection 2(1) of the *Identification of Criminals Act* continues to sanction the forcible administration of the investigative procedure "commonly known as the Bertillon Signaletic System ...." Developed in France in the late 1800s, this obsolete identification procedure consisted in the taking of five measurements from a subject: skull, feet, forearms, middle fingers, and ears. England and other Western countries adopted this procedure for a time but, as noted by Bouck J. in the case of *R.* v. *A.N.*,[62] "flaws soon became apparent and most countries then switched to fingerprinting ...."[63] Despite the fact that it continues to enjoy the rare status of a statutorily approved procedure, it has long been recognized as a dangerously outmoded system of identification. As O'Sullivan J.A. remarked in the case of *R.* v. *Medvedew*, "[i]t is unthinkable that an expert would be allowed to give evidence based on the discredited Bertillon system of identification."[64]

The other side of the coin is the law's failure to sanction specifically (that is, by statute) the use of a number of procedures that are now clearly accepted as valid techniques in the field of forensic science. Commonly used procedures that are relevant here include

---

60. As regards the first question, see *Wilband* v. *The Queen*, [1967] 2 C.C.C. 6 (S.C.C.), p. 9; *Perros* v. *The Queen* (1973), 11 C.C.C. (2d) 449 (S.C.C.), p. 451. As regards the second question, see *R.* v. *Sweeney (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245 (Ont. C.A.); *Re Chapelle and The Queen* (1980), 52 C.C.C. (2d) 32 (Ont. H.C.); *R.* v. *Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (Ont. C.A.); *R.* v. *McAmmond*, [1970] 1 C.C.C. 175 (Man. C.A.); *R.* v. *Johnston*, [1965] 3 C.C.C. 42 (Man. C.A.).

61. See, for examples of other anachronisms, the reference to "natural imbecility ..." in subsection 16(2) of the *Criminal Code*, or the reference to "the effect of lactation ..." in section 216.

62. *R.* v. *A.N.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 9 (B.C. S.C.), p. 14. This decision was subsequently appealed, for reasons unrelated to this point (see, *supra*, note 55).

63. *Ibid.*

64. *R.* v. *Medvedew* (1978), 6 C.R. (3d) 185 (Man. C.A.), p. 201.

those that involve the taking and analysis of palmprints, footprints, toeprints, hair samples, blood samples, saliva samples, various residues (for example, gunshot residues), and so on.

III. The Charter Implications of Investigative Procedures in Respect of the Person

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* explicitly recognizes the importance of the rule of law.[65] It also demands *inter alia* that persons suspected or accused of having committed criminal offences be afforded certain basic protections. Because Charter jurisprudence is still at the stage of infancy, however, little determinative guidance exists concerning the permissible ambit of investigative procedures in respect of the person. For this reason, we feel that the time is ripe for establishing a framework for such procedures based upon what we take to be the spirit of the Charter and the likely boundaries it has set. We are cognizant of the fact that we are not the final arbiters on the subject, and that the procedures sanctioned in this Report would, in any event (and regardless of what we have to say), have to be carried out in conformity with the standards provided in the Charter as interpreted by the courts.

---

65. Preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 1. See also the Preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III.

CHAPTER TWO

Issues and Guidelines for the Statutory Regulation of Investigative Procedures in Respect of the Person

Having enumerated the reasons that prompted us to undertake our review of the law relating to investigative procedures in respect of the person, and having outlined in general terms the policy premises that have guided us in the development of the regime we are proposing, it is appropriate that we now identify and discuss the key issues to which any rational and comprehensive codification of such procedures must address itself, and the specific guidelines that have emerged from our consideration of these issues.

I. Consistency with the Charter

Evidence obtained through investigative procedures that violate the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may be excluded by the operation of section 24 of the Charter. More fundamentally, one must be cognizant of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*,[66] which would render any law that is inconsistent with the Charter of no force and effect to the extent of such inconsistency (unless it were declared in accordance with subsection 33(1) that such law should operate notwithstanding the provisions in section 2 or sections 7 to 15 of the Charter).

There are five aspects of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that merit particular examination in the context of investigative procedures in respect of the person: (a) protection against self-incrimination; (b) the presumption of innocence; (c) security of the person; (d) unreasonable search or seizure; and (e) cruel and unusual treatment.

A. Protection against Self-Incrimination

The first question to be considered is whether required submission to various investigative procedures in respect of the person would be likely to amount to violation of the constitutionally protected privilege against self-incrimination. In a strictly technical sense,

66. *Constitution Act, 1982*, Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

we believe the answer is negative. The only provisions contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that deal specifically with the so-called privilege against self-incrimination are paragraph 11(*c*) and section 13. The former states that "[a]ny person charged with an offence has the right ... not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence; ...." The latter states that "[a] witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence." While paragraph 2(*d*) of the *Canadian Bill of Rights* provides in more general terms *inter alia* that "no law of Canada shall be construed or applied so as to ... authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied ... protection against self crimination ...,"[67] it is amply clear from the case-law that the scope of this provision is in reality no wider than that of section 13 of the Charter. Pretrial investigative procedures have been held to fall outside the ambit of paragraph 2(*d*)'s prohibition on a number of occasions. In *Curr* v. *The Queen*,[68] for example, the Supreme Court of Canada dealt *inter alia* with the status of the breathalyzer sections (now sections 235 and 237) of the *Criminal Code vis-à-vis* paragraph 2(*d*) of the Bill. There Laskin J. (as he then was), in delivering the majority judgment,[69] held that "the compelled provision of a breath sample by a person, without concurrent protection against its use in evidence against him, does not offend against the self-crimination guarantee as it is expressed in s. 2(*d*)."[70] In His Lordship's view, paragraph 2(*d*) went no further than to "render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself *before a Court or like tribunal through the giving of evidence*, without concurrently protecting him against its use against him."[71] Ritchie J., who wrote a separate judgment, expressed the similar opinion that paragraph 2(*d*)'s protection extended to incriminating statements, and not to "'incriminating conditions of the body' such as the alcoholic content of the breath or blood."[72]

In *R.* v. *Devison*[73] the judgments of Laskin and Ritchie JJ. were applied by the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court to preclude the operation of paragraph 2(*d*) with respect to the taking of blood samples. In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*[74] the Supreme Court of Canada decided unanimously that paragraph 2(*d*) had no application to identification parades (that is, lineups). In *R.* v. *Sweeney (No. 2)*[75] the Ontario Court of Appeal dealt with paragraph 2(*d*) in the context of pretrial psychiatric examinations. Speaking for the court, Zuber J.A. acknowledged that "a psychiatric or psychological examination does not readily fit within that classification which would

67. *Supra*, note 65.

68. *Curr* v. *The Queen* (1972), 7 C.C.C. (2d) 181 (S.C.C.).

69. Abbott, Hall, Spence and Pigeon JJ. concurring.

70. *Supra*, note 68, p. 197.

71. *Supra*, note 68, p. 201 [Emphasis added].

72. *Supra*, note 68, p. 186.

73. *R.* v. *Devison* (1974), 21 C.C.C. (2d) 225 (N.S. S.C.A.D.).

74. *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, *supra*, note 39.

75. *R.* v. *Sweeney (No. 2)*, *supra*, note 60.

make an accused a source of real or physical evidence"[76] and that "[a] mental examination obviously must draw from an accused verbal responses which will bear directly or indirectly on his guilt."[77] Nevertheless, His Lordship was of the opinion that the privilege against self-incrimination only embraced "the right of a witness as qualified by the *Canada Evidence Act* ... to refuse to answer certain questions, if the answers will tend to incriminate the witness, and the absolute right of the accused to refuse to go into the witness box ...."[78]

Recent cases under the Charter indicate that such procedures as the taking of breath samples[79] under the *Criminal Code*'s breathalyzer provisions and the taking of fingerprints[80] under the *Identification of Criminals Act* do not violate paragraph 11(*c*) of the Charter.

Notwithstanding the above analysis, it must be recognized that investigative procedures in respect of the person may have numerous and profound evidentiary implications. In our Working Paper on *Investigative Tests*,[81] we canvassed a number of ways in which such procedures could result in the obtaining of information that might ultimately be used to establish the guilt of a suspect or accused person. In the general and ordinary sense of the term, therefore, it cannot be doubted that we are very much concerned with the issue of "self-incrimination."[82]

It will have been evident from our work in the area of search and seizure that we are not, in principle, against the obtaining *per se* of relevant and reliable evidence of an objective nature directly from accused persons and criminal suspects where proper authority and reasonable grounds exist — even, in some instances, if it is necessary to use a degree of force in order to do so. If (as traditionally has been the case) a suspected or accused person can be "frisked" for evidence upon arrest where it is reasonably prudent to do so, we do not see how the general notion of self-incrimination, by itself, can be invoked to prohibit the use of more sophisticated investigative techniques. At the same time, however, we strongly believe that an acceptance of the concepts of individual privacy, human dignity, personal safety and personal security demands that the use of potentially incriminating procedures be narrowly circumscribed so as to ensure that they are carried out in the fairest, safest and least intrusive manner possible. Consistent with the philosophy we have expressed with regard to the "right to remain silent" in both our Working Paper[83] and our Report[84] on *Questioning Suspects*, moreover, we believe

---

76. *Ibid.*, pp. 250-251.

77. *Ibid.*, p. 251.

78. *Ibid.*, p. 250.

79. See *R.* v. *Altseimer* (1982), 29 C.R. (3d) 276 (Ont. C.A.); *R.* v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *MacDonald* (1982), 1 C.C.C. (3d) 385 (Ont. Co. Ct.); *R.* v. *Stasiuk* (1982), 16 M.V.R. 202 (Ont. Prov. Ct.).

80. See *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Qué. S.C.); *Re D.D.F.* (1984), 12 W.C.B. 152 (Ont. Prov. Ct.).

81. *Supra*, note 7, pp. 21-41.

82. See Ratushny, *supra*, note 4, p. 96.

83. Law Reform Commission of Canada, *Questioning Suspects*, [Working Paper 32] (Ottawa: Supply and Services, 1984).

84. *Supra*, note 2.

that, as a general rule, no criminal suspect or accused person should be obliged in any way to submit to any investigative procedure in respect of the person that (like the making of a pretrial statement) requires his or her *active* participation, or that (like the giving of evidence in court) demands an "honest" or genuine response from him or her (see Recommendations 3 and 4). Among those procedures falling within either or both of these categories are such procedures as psychiatric and psychological examination, physical performance tests for detecting impairment, the furnishing of handwriting or voice samples, polygraph examination, and so on.[85] In our view, a general non-reliance upon the compulsory active and/or honest participation of the accused in generating incriminatory evidence is essential to the maintenance of the distance between the state and the subjectivity of the accused that has characterized the evolution of our system of criminal justice.

B. The Presumption of Innocence

Paragraph 11(*d*) of the Charter, which is similar to paragraph 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*, provides that "[a]ny person charged with an offence has the right ... to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; ..." In its most commonly accepted sense, the "presumption of innocence" requires simply that, in any criminal case, the prosecution bear the ultimate burden of establishing the accused's guilt beyond a reasonable doubt.[86] Accordingly, recent cases under the Charter have held that such procedures as the taking of breath samples[87] under the *Code*'s breathalyzer provisions and the taking of fingerprints[88] under the *Identification of Criminals Act* do not *per se* infringe paragraph 11(*d*) of the Charter. Nevertheless, it must be noted that the presumption of innocence may still have relevance in connection with the question as to an individual's obligation to submit to various investigative procedures in respect of the person.[89] In the case of *Dumbell* v.

---

85. Breathalyzer testing, for detecting and measuring alcohol consumption, would fall into the category of "active participation" tests; however, for the reasons explained in our Working Paper on *Investigative Tests* (*supra*, note 7) and in our Report on *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences*, [Report 21] (Ottawa: Supply and Services, 1983), we are of the opinion that the use of breathalyzer testing in the investigation of driving offences should constitute an exception to the general rule. In our view, the voluntary undertaking of a potentially dangerous act such as driving should be regarded as constituting an implied waiver of the right not to be required to submit to any investigative procedure requiring active participation. Put another way, active participation in certain investigative procedures (under certain conditions) should be viewed as the *quid pro quo* for the right to engage in the potentially dangerous act of driving.

86. See Ratushny, *supra*, note 4, p. 185; Sir R. Cross, *Evidence*, 5th ed. (London: Butterworths, 1979), p. 122; *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 5.

87. See *R.* v. *Holman*, *supra*, note 79.

88. See *R.* v. *McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (Ont. H.C.); *R.* v. *Glass* (1982), 9 W.C.B. 164 (B.C. Prov. Ct.); *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80; *R.* v. *Higgins* (1983), 9 W.C.B. 352 (Sask. Q.B.).

89. See *Bell* v. *Wolfish* (1979), 99 S. Ct. 1861 (U.S. S.C.), pp. 1896-1897, n. 11, where it was noted in the dissenting judgment of Stevens J. (with whom Brennan J. concurred) that in the United States the presumption of innocence has been "relied upon ... as a justification for shielding a person awaiting trial from potentially oppressive governmental actions," and that "the presumption ... of innocence ... colors all of the government's actions toward persons not yet convicted."

Roberts, for example, Scott L.J. of England's Court of Appeal expressed the view that, in the absence of statutory authorization, the non-consensual taking of fingerprints from "a person under a charge before he is convicted or even committed for trial" was "inconsistent with our British presumption of innocence until proof of guilt ..."[90] Similarly, in *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*,[91] Dickson J. (as he then was), speaking for the Supreme Court of Canada, stated in an *obiter dictum* that an accused's refusal to participate in a lineup could not ordinarily be admitted as evidence at his trial because its admission might "impinge on the presumption of innocence ..." and "the jury may gain the impression there is a duty on the accused to prove he is innocent." Besides saying that the presumption of innocence generally operates so as to preclude the admission of such evidence, this statement seems to imply that the right to be presumed innocent also generally precludes accused or suspected persons from being required to participate in pretrial investigative procedures in the first place.[92] If this is so, it may be that required submission to investigative procedures in respect of the person will only be permissible (at least where persons charged with offences are concerned), if it is a "reasonable limit" on paragraph 11(*d*)'s right to be presumed innocent and "can be demonstrably justified in a free and democratic society."[93] Even if this standard is not technically demanded, in our present context, by the Charter's presumption of innocence provision (as ultimately interpreted), we believe its application to be appropriate whenever any derogation from the general freedom from pretrial obligation is concerned. As suggested in a previous Study Report on *Discovery in Criminal Cases*,[94] the adversary system's general requirement that the prosecution establish the guilt of the accused without compelling his or her assistance at any stage of the criminal process may, at least, be subsumed by a broad and liberal interpretation of the presumption of innocence.[95] Consistency with the *spirit* of the Charter, therefore, requires that exceptions to this general rule conform to the standard articulated in section 1. For this reason, we have taken pains to design a regime that is premised on restraint and on the principled application of fairly onerous utilitarian criteria. Under our proposed regime, for example, an obligation to submit to an investigative procedure in respect of the person can only arise in the case of serious offences, and only where the procedure is likely to have significant forensic utility (see Recommendations 4, 5, 6 and 8). Procedures that are of dubious value or that are excessively intrusive either are expressly prohibited or are permitted by consent only (see Recommendations 2, 3 and 10). Except in exigent circumstances, and in cases where fingerprinting or photography is believed on reasonable grounds to be necessary for identification purposes, persons can be required to submit to investigative procedures in respect of the

---

90. *Dumbell* v. *Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), p. 330.

91. *Supra*, note 39, pp. 9-10. See also *R.* v. *Madden* (1977), 41 C.C.C. (2d) 413 (Ont. Co. Ct.), p. 415.

92. *Quaere*, however, how this interpretation squares with the statement by Dickson J. (as he then was), *supra*, note 39, p. 7, that there would be nothing wrong with using "[r]easonable compulsion ..." to force an arrested person to participate in a lineup.

93. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 1, s. 1.

94. Law Reform Commission of Canada, *Discovery in Criminal Cases: A Study Report* (Ottawa: Information Canada, 1974), p. 35.

95. This view of the presumption of innocence is supported, in the specific context of investigative procedures in respect of the person, by P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1984), p. 953. Ratushny (*supra*, note 4, p. 185) has suggested, however, that the general freedom from pretrial obligation may emanate more directly from the rule of law.

person only once a judicial order has been obtained (see Recommendations 3, 5, 6 and 8). Further requirements stipulate that persons must be told the reason(s) for any proposed procedures, and whether or not they are required by law to submit to them (see Recommendation 9); that the greatest possible privacy must be afforded, having regard to the nature of the procedure (see Recommendation 11); that any procedure must be conducted by qualified persons (see Recommendation 12); and that any procedure must be conducted in such a manner as to ensure minimum discomfort, having regard to the nature of the procedure and the surrounding circumstances (see Recommendation 13).

The regime that we are proposing for the regulation of investigative procedures in respect of the person may be perceived as narrowing police powers in some areas and expanding them in others. To the extent that implementation of our regime would (numerically at least) expand police investigative powers, it might conceivably be argued that utilitarian principles require actual empirical evidence as to the number of prosecutions that fail owing to the current absence of such powers.[96] In our view, however, the extension of utilitarian reasoning to this extreme would present several logical, as well as practical, problems. First, it would demand proof of the obvious, namely, that the use of accepted forensic procedures contributes to the detection, proof and prosecution of crime. Second, it would imply that the complex moral/legal question at issue here can be resolved by statistical analysis; it would set for us the impossible task of producing statistics that would, in themselves, make the use of a given investigative procedure justifiable. (How many convictions relating to grave offences would have to result on an annual basis from the use of a particular procedure in order for its use to be justified? One? One hundred? One thousand?) Third, by focussing on the increase in the *number* of allowable police intrusions, it would distract us from a more important issue, namely, the *nature* of the procedures contemplated, and their relative intrusiveness as compared with what is currently permissible under the law (for example, under the law of search and seizure). Fourth, it would assume that if, in the past, the police have had little difficulty in obtaining whatever forensic evidence is necessary to secure convictions, then the current state of the law must be adequate. In making this assumption, it would ignore the past willingness of courts to admit relevant and reliable evidence notwithstanding the manner in which it was obtained.

In our analysis, the issue at hand is a theoretical problem, not a statistical one. As we have pointed out in our recent Report on *Questioning Suspects*,[97] moreover, we do not subscribe to the view that the predominant impetus for law reform must be the amelioration of specific practical problems; to do so would be to bestow upon the *status quo* the undeserved advantage of presumptive correctness, and to lose sight of the higher aim of fundamental rationalization through the development of neutral and acceptable principles.

---

96. See J. Hannan, "New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification," [1980] 4 *Crim. L.J.* 210, p. 214.

97. *Supra*, note 2, pp. 6-7.

C. Security of the Person

Section 7 of the Charter, which is similar to paragraph 1(*a*) of the *Canadian Bill of Rights*, states that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." Implicit in this provision (and, perhaps, in the absence of a Charter provision explicitly protecting "enjoyment of property") is a recognition of the particularly high value that Canadian culture has traditionally placed *inter alia* on physical (and, perhaps, mental) privacy, dignity and safety.[98] Quite apart from the relevant provisions of the Charter and the *Canadian Bill of Rights*, the number and nature of those protections that have evolved in the fields of tort and criminal law reflect the importance of personal security in Canadian law.[99] Although it is, of course, too early to speculate on the exact meaning and scope of the protection afforded by section 7 of the Charter, it has been recognized in at least one recent case that "[t]he concept of 'security of the person' surely extends to protection of one's bodily substances and embraces an expectation of privacy ...."[100] Less obvious, perhaps, is the precise impact of "the principles of fundamental justice" in our present context. Recent cases have held that the principles of fundamental justice are not infringed by either the taking of breath samples[101] under the *Code*'s breathalyzer provisions, or by the taking of fingerprints[102] under the *Identification of Criminals Act*. Given the inherently intrusive nature of investigative procedures in respect of the person, however, we do not think that conformity with the principles of fundamental justice should be taken for granted. In our view, the essential requirement imposed by section 7 (whether substantive or procedural) is that of fairness. In the context of investigative procedures in respect of the person, we believe that fairness requires that the procedure serve a legitimate purpose (see Recommendations 5(b), 6(b) and 8); that there be fair authorization requirements (see Recommendations 3, 5, 6 and 8); that the degree of intrusion be minimized (see Recommendations 5(c), 6(d), 11 and 13); that there be meaningful procedural safeguards (see Recommendations 9 to 13); and that there be limits on the types of procedures that may be performed (see Recommendation 2).

D. Unreasonable Search or Seizure

Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which has no clear equivalent in the *Canadian Bill of Rights*, states that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure." The extent to which section 8 is applicable

98. See P. Garant, "Fundamental Freedoms and Natural Justice," in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (Toronto: Carswell, 1982) 257, pp. 264-265 and 271-274; M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (Toronto: Emond-Montgomery, 1983), pp. 250 and 252-253.

99. See Law Reform Commission of Canada, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, [Working Paper 30] (Ottawa: Supply and Services, 1983), p. 19; Hon. Mr. Justice A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1982), pp. 38-40.

100. *R.* v. *Dyment* (1984), 12 C.C.C. (3d) 531 (P.E.I. S.C.), p. 534.

101. See *R.* v. *Holman*, *supra*, note 79. And see *Curr* v. *The Queen*, *supra*, note 68.

102. See *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80.

in our context is initially dependent on the extent to which a given investigative procedure in respect of the person may be regarded as a form of search or seizure. Those procedures that are directed toward the acquisition of tangible substances from the body of the suspect or accused, for example, would likely have to conform to section 8 of the Charter.[103] It is less clear, however, whether procedures that are not aimed at the acquisition of "tangible things" from the subject would fall within the purview of section 8.[104] Recent cases have held, for example, that section 8 is not infringed by the routine taking of fingerprints[105] from an accused person pursuant to the provisions of the *Identification of Criminals Act*, or by the taking of breath samples[106] in accordance with the *Criminal Code*'s breathalyzer provisions.

Although it is too early to estimate the full impact of section 8 of the Charter in the context of investigative procedures in respect of the person,[107] we believe that some insight might be gained from American experience under the Fourth Amendment. A review of the relevant jurisprudence persuades us that ensuring the reasonableness of a procedure demands that careful consideration be given to at least five factors: (1) the gravity of the offence being investigated (see Recommendations 5(a) and 6(a)); (2) the grounds and authority for performing the procedure (see Recommendations 3, 5(b), 5(c), 6(b), 6(c) and 6(d)); (3) the manner in which the procedure is performed (see Recommendations 11 to 13); (4) the inherent intrusiveness of the procedure [certain highly intrusive procedures may, in fact, be inherently unreasonable and, therefore, unjustifiable in any circumstances (see Recommendation 2); others may be justifiable only where consent has been obtained (see Recommendation 3(a))]; and (5) the potential probative value of the procedure (see Recommendations 4, 5(b) and 6(b)).[108] Accordingly, we have devised a regime that utilizes these parameters. We have every reason to believe, moreover, that American jurisprudence will significantly influence the development of our own jurisprudence on the subject of "unreasonable search or seizure." In the recent case of *Hunter* v. *Southam Inc.*,[109] for example, the Supreme Court of Canada considered carefully the conclusion of Stewart J. in *Katz* v. *United States*[110] that warrantless searches were *prima facie* unreasonable for the purpose of the Fourth Amendment. Having stated

---

103. See F. Chevrette, "Protection upon Arrest or Detention and against Retroactive Penal Law," in Tarnopolsky and Beaudoin, *supra*, note 98, 291, p. 293.

104. *Ibid.*

105. See *R.* v. *Glass*, *R.* v. *McGregor*, *R.* v. *Higgins*, *supra*, note 88.

106. See *R.* v. *Holman*, *supra*, note 79. But see *R.* v. *Giesbrecht* (1984), 12 W.C.B. 331 (Man. Prov. Ct.).

107. See *R.* v. *DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (S.C.T.D.); *R.* v. *Dyment*, *supra*, note 100; *R.* v. *Meikle*, April 29, 1983 (unreported) (Ont. Co. Ct.); *R.* v. *McCready* (1982), 9 W.C.B. 109 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Alderton* (1984), 12 W.C.B. 168 (Ont. Co. Ct.); *R.* v. *Morton* (1984), 12 W.C.B. 321 (Ont. Co. Ct.); *R.* v. *Tompson* (1984), 12 W.C.B. 414 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Pohoretsky* (1984), 12 W.C.B. 369 (Man. Co. Ct.); *R.* v. *Truchanek*, *supra*, note 43; *R.* v. *Simmons* (1984), 39 C.R. (3d) 223 (Ont. C.A.); *R.* v. *Myers* (1984), 14 C.C.C. (3d) 82 (P.E.I. S.C.A.D.).

108. For a review of American cases dealing with investigative procedures in respect of the person in this context, see J. W. Hall, Jr., *Search and Seizure* (Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982), pp. 505-529 (and 1984 supplement). See also Chevrette, *supra*, note 103, p. 298.

109. *Hunter* v. *Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 14 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.).

110. *Katz* v. *United States* (1967), 389 U.S. 347 (U.S. S.C.).

that "where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a pre-condition for a valid search and seizure,"[111] Dickson J. (with whom Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ. concurred) said that he "would in the present instance respectfully adopt Stewart J.'s formulation as equally applicable to the concept of 'unreasonableness' under s. 8, and would require the party seeking to justify a warrantless search to rebut this presumption of unreasonableness."[112]

E. Cruel and Unusual Treatment

Section 12 of the Charter provides that "[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment." This section is similar to paragraph 2(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, which provides that "no law of Canada shall be construed or applied so as to ... impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment; ..." The question of what constitutes cruel and unusual treatment under the Charter has yet to be conclusively answered. Although one recent case has held that the taking of fingerprints does not qualify as such,[113] the possibility of a cruel and unusual treatment argument being raised with respect to investigative procedures of an extremely intrusive nature, however, cannot be ruled out.

In our view, conformity with the spirit of sections 12 and 1 of the Charter demands that investigative procedures in respect of the person adhere to basic and accepted standards of decency (see Recommendations 4 and 11); be no more intrusive than is necessary in order to achieve their purpose (see Recommendations 5(c), 6(d) and 13); and not be disproportionately intrusive in relation to the gravity of the offence being investigated (see Recommendations 4, 5(a), 6(a) and 8).

II. Permissible Procedures

In devising our statutory scheme for the regulation of investigative procedures in respect of the person, it has been necessary to consider whether any procedures ought specifically to be prohibited as "unreasonably ... interfering with individual rights and freedoms; ..."[114] *per se*. From our review of the various procedures discussed above, and of the legal issues that may be applicable to them, we are of the opinion that "prohibitable" procedures might fall into two categories: (1) procedures that are not sufficiently reliable from a scientific standpoint; and (2) procedures that are inherently too intrusive to be used as methods of criminal investigation (that is to say, procedures

111. *Supra*, note 109, p. 109 (C.C.C.).

112. *Supra*, note 109, pp. 109-110 (C.C.C.).

113. See *R.* v. *McGregor*, *supra*, note 88.

114. Government of Canada, *supra*, note 15, p. 53.

that would be inherently unreasonable if performed for purely investigative purposes without the subject's consent, and that, if not therapeutically indicated, would render any consent thereto unreasonable). This having been said, there remains the very difficult task of deciding exactly which of those procedures discussed would fall into either one of these categories. Although we recognize that, in making our choice, we run the risk of erroneously omitting or including some procedures, we feel strongly that measures must be taken to discourage the use of procedures that are inherently too intrusive and that cannot, in our view, be justified as methods of obtaining forensic evidence. Rather than attempting to define the permissible limits of investigative procedures in respect of the person in a blunt fashion, however, by simply allowing certain procedures to be forcibly conducted while prohibiting outright the use of certain others, we prefer to enumerate those procedures to which accused persons or criminal suspects should, in certain circumstances, be required to submit (see Recommendations 4, 5, 6 and 8); enumerate those procedures that should not, under any circumstances, be resorted to for investigative purposes (see Recommendation 2); and recommend that other procedures be allowed only with the subject's consent (see Recommendation 3(a)).

In deciding what procedures ought to be designated as procedures to which a person might be required to submit, we have been governed *inter alia* by two important considerations: (1) potential probative value; and (2) inherent intrusiveness (that is to say, the degree to which physical or mental integrity, privacy, dignity, safety or security is interfered with). It is our view that before submission to a given procedure may be required, such procedure must, as a general rule, be likely to produce evidence that will be of some value and assistance at trial. Although we recognize that potential probative value depends, in large measure, upon the circumstances of each individual case,[115] we believe that the procedure involved, to be acceptable, must be one the validity of which has gained general recognition in the field to which it belongs.[116] Acknowledging, as we have, that different investigative procedures in respect of the person possess varying inherent probative capabilities, and involve varying degrees of intrusion upon the subject, we believe that a person should not be required to submit to any procedure the potential probative value of which is outweighed by its inherent intrusiveness.

III. Grounds and Authority for Conducting Investigative Procedures in Respect of the Person

It is our opinion that investigative procedures of the type dealt with in this Report should not generally be authorized until after the proposed subject has been arrested or charged with an offence, unless the subject has consented (see Recommendations 3(a),

---

115. Fingerprint evidence, for example, though it may in some circumstances be conclusive on the issue of identity, is capable (like all other circumstantial evidence) of being explained away in other cases. See McWilliams, *supra*, note 95, pp. 70-90. In still other cases, fingerprint evidence, though not capable of establishing the identity of the perpetrator, may be corroborative on this issue. See, *e.g.*, *R.* v. *La Rochelle* (1952), 104 C.C.C. 349 (N.S. S.C).

116. See *Frye* v. *United States* (1923), 293 F. 1013 (D.C. Cir.), p. 1014; *R.* v. *Medvedew*, *supra*, note 64, p. 200.

5(a), 6(a) and 8). Although it may be argued that restricting the use of such procedures to post-arrest or post-charge circumstances might induce the police to arrest or charge in situations where they ought not to,[117] we believe that, given the intrusive potential of such procedures, the standard of suspicion necessary for arresting or charging is an essential protection against unjustified encroachments upon the freedom or personal security of the individual.[118] Rather than protecting suspected persons from over-zealous police investigators, the availability of pre-arrest, pre-charge powers with regard to investigative procedures in respect of the person might be viewed as increasing the potential for unwarranted harassment of citizens by the police.[119]

Because all investigative procedures in respect of the person involve interference with the physical or mental integrity of the subject to one degree or another, we also believe that, absent the subject's consent (see Recommendation 3(a)), (a) such procedures should only be allowable in connection with the investigation of offences of a serious nature (that is, they should be used with *restraint*; see Recommendations 5(a), 6(a) and 8), and (b) reasonable justification for any proposed procedure (that is, some legitimate purpose) must be a minimum logical requirement (see Recommendations 5(b), 6(b), and 8). In order to be reasonable or legitimate, moreover, the required justification must generally be assessed according to a higher standard than that which would be applicable, for example, in the case of an interference by the state with an individual's property or possessions. As Dickson J. (as he then was) reasoned in *Hunter* v. *Southam Inc.*,[120] "[t]he State's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion." Although His Lordship noted that "[h]istory has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement,"[121] he was quick to point out that "where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one."[122] Accordingly, we believe that the precepts of reasonable justification and restraint generally require either proof or a reasonably grounded belief that the proposed procedure will provide probative evidence of, or relating to, the offence being investigated (see Recommendations 5(b) and 6(b)), and that there is no less intrusive means practicable for obtaining the evidence to which the proposed procedure is directed (see Recommendations 5(c) and 6(d)).

We are further of the opinion that, in order to guard against unjustified intrusion, judicial authorization should normally be required for any investigative procedure conducted in the absence of the subject's consent (see Recommendation 3(b)). As Dickson J. (as

---

117. See New Zealand Criminal Law Reform Committee, *supra*, note 10, para. 27, p. 14.
118. *Ibid.*, Minority Report, para. 3, pp. 1-2.
119. *Ibid.*, para. 7, p. 3.
120. *Supra*, note 109, pp. 114-115 (C.C.C.).
121. *Ibid.*, p. 115 (C.C.C.).
122. *Ibid.*

he then was) stated in *Southam*, a requirement of prior authorization "puts the onus on the State to demonstrate the superiority of its interests to that of the individual."[123] In so doing, "it accords with the apparent intention of the Charter to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from State interference to the interests of the State in advancing its purposes through such interference."[124] We are, with the greatest respect, in full agreement with His Lordship on this point. We must emphasize, however, that while we endorse prior judicial authorization as the general rule, we do not think that it should be an absolute and inflexible requirement. In our view, the destructible or evanescent nature of some forensic evidence may make the obtaining of judicial authorization highly impractical in certain cases. Provided that procedures are established to ensure the accountability of peace officers after the fact, therefore (see Recommendation 7), we believe that a limited exception to the judicial authorization requirement should be made in such exigent circumstances (see Recommendation 6).

Notwithstanding our general preference for prior judicial authorization, moreover, we also believe that a strong case exists for relaxing this requirement in the case of certain investigative procedures when they are used solely for identification purposes. The particular procedures we have in mind are fingerprinting and photography. These procedures are, of course, often useful for the purpose of linking a particular suspect with a particular offence. When they are resorted to for an incriminatory purpose such as this, we believe they should be subject to the general requirement for prior judicial authorization. However, the procedures of fingerprinting and photography may also serve a more basic function, namely, that of establishing or recording the identity of persons charged with criminal offences. Fingerprints and photographs may be indispensible tools in the apprehension of known fugitives; fingerprints, moreover, may facilitate, or be crucial to, the operation of various sections of the *Criminal Code* dealing with previous convictions.[125] Indeed, owing to the number of instances in which identity and/or previous convictions may need to be established prior to adjudication, it seems likely to us that judicial authorization, if it were to be required in all cases, would be unduly burdensome or would run the risk of becoming an empty formality. In light of this practical drawback, and considering the minimally intrusive nature of fingerprinting and photography when compared with other investigative procedures in respect of the person, we are of the opinion that judicial authorization ought not to be mandatory whenever such procedures are utilized for the purpose of identification (see Recommendation 8).

IV. Protections and Safeguards

The goals of fairness, accessibility, minimization of intrusion and, ultimately, public acceptance require some additional safeguards. They demand, first of all, that investigative

123. *Ibid.*, p. 109 (C.C.C.).

124. *Ibid.*

125. See *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80, p. 445. Such sections of the *Code* would include, for example, ss. 83(1)(*d*), 236(1), 457.3(1)(c), 536-538, 592-594, 662.1(3)(*b*) and 740. See also section 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended.

procedures in respect of the person be conducted only by qualified persons (see Recommendation 12). Besides protecting the health and safety of the subjects of these procedures, such a requirement is essential to ensure that a given procedure is not conducted in a manner that detracts from the value of the evidence obtained, and that runs the risk of rendering the procedure a pointless exercise. Second, these goals demand that the procedure be performed in a manner that affords the subject the greatest degree of privacy possible, having regard to the nature of the investigative procedure (see Recommendation 11). Third, these goals demand that any investigative procedure in respect of the person be conducted in such a manner as to ensure minimum discomfort to the subject, having regard to the nature of the procedure and the surrounding circumstances (see Recommendation 13). Fourth, these goals demand that prospective subjects be told the reason why they are being asked to submit to a particular procedure, and whether or not they are required by law to submit to a particular procedure (see Recommendation 9). Fifth and finally, these goals demand that, whenever consent is required, its validity be ensured by prior notification as to the nature and purpose of the proposed procedure, any significant health or safety risks involved, the subject's right to consult with counsel, and the subject's right to refuse to consent or to withdraw his or her consent at any time (see Recommendation 10).

Because of the complexity and uncertainty of the present law regarding adverse inferences that may in some circumstances be drawn against accused persons who refuse to undergo investigative procedures they are not required by law to undergo, we realize that any warning concerning the right to refuse to submit to tests that require consent might run the risk of being incomplete or misleading. It is for this reason that we suggested in our Working Paper on *Investigative Tests* that providing information to prospective subjects in this area might best be left to counsel. Having crystallized our thinking on this point, however, we believe that the better course would be to revise the law relating to adverse inferences, if need be, rather than to compromise unduly the principle of informed consent.

The various protections and safeguards discussed above constitute what we believe to be the most practical and important measures for upholding the legitimate interests of the individual. While other protections and safeguards might be added to this list (for example, the presence of counsel; the presence of one's own physician; or the separate, independent analysis of any substance(s) removed from the subject), certain practical considerations militate against their inclusion as guaranteed rights in a statutory scheme. Although we believe that arrested or detained persons should continue to enjoy their rights under paragraph 10(*b*) of the Charter "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; ... ," and would hope that a desire to have counsel present during the actual investigative procedure would be accommodated wherever practical, we fear that any benefit accruing from a specific statutory right of this sort might be outweighed by obvious potential problems inherent in its administration. The same holds true with regard to the right to have one's own physician present. If the other protections and safeguards we are proposing were to be adopted, we would not see the right to have counsel and/or one's own physician present as an essential protective measure.

While independent analysis of removed substances might be beneficial in some cases,[126] a number of practical problems would frustrate the creation of a general statutory right that goes beyond that already provided by section 533 of the *Criminal Code*.[127] In many cases (for instance, in the case of fingernail scrapings where the samples are minute, or where the searched-for evidence is in only part of the sample), it may not be feasible to divide samples into two parts for separate analyses. In other cases (such as in the case of saliva samples taken for the purpose of ascertaining whether the donor is a "secretor" and, if so, what his or her blood type is) such procedure may not be necessary; since secretor status and blood type do not change over time, the donor will always be able to have the same samples taken independently at a later time. In view of these considerations, we are content for the time being to confine our recommendations relating to access to evidence obtained through the use of investigative procedures in respect of the person to those already made in our recent Report on *Disclosure by the Prosecution*.[128] In that Report, we expressed the view that the accused should be entitled "to inspect anything that the prosecutor proposes to introduce as an exhibit and, where practicable, to receive copies thereof; ..."[129] As we further noted, "our proposals would entitle the accused to the reports of any forensic tests where the expert is a proposed witness."[130]

It goes without saying that persons acting competently within the confines of any statutory scheme for the regulation of investigative procedures in respect of the person should be protected from legal liability. The precise formulation of such protection is not, however, something on which the Commission has taken a firm position and, in any event, is not something that need concern us in this Report. The issue of protection from liability is not unique to the area of investigative procedures in respect of the person. For this reason, we shall be returning to it in greater depth in our forthcoming Report on Criminal Law: The General Part — Liability and Defences.

Related to this topic is the question of whether qualified persons, such as physicians, ought to be placed under a statutory obligation with regard to the conducting of investigative procedures in respect of the person. One approach would be statutorily to compel physicians and/or other qualified persons to conduct certain investigative procedures as a matter of course in certain circumstances. Legislation of this type has been enacted in

---

126. See, *e.g.*, the recommendation we have made with regard to blood samples in our Report on *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences*, *supra*, note 85, p. 23.

127. Section 533 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provides as follows:

> 533. (1) A judge of a superior court of criminal jurisdiction or a court of criminal jurisdiction may, on summary application on behalf of the accused or the prosecutor, after three days notice to the accused or prosecutor, as the case may be, order the release of any exhibit for the purpose of a scientific or other test or examination, subject to such terms as appear to be necessary or desirable to ensure the safeguarding of the exhibit and its preservation for use at the trial.
>
> (2) Every one who fails to comply with the terms of an order that is made under subsection (1) is guilty of contempt of court and may be dealt with summarily by the judge or magistrate who made the order or before whom the trial of the accused takes place.

128. Law Reform Commission of Canada, *Disclosure by the Prosecution*, [Report 22] (Ottawa: Supply and Services, 1984).

129. *Ibid.*, p. 14.

130. *Ibid.*, p. 26.

at least one Commonwealth jurisdiction with regard to the taking of blood samples in motor vehicle accident cases.[131] A second approach would be to place physicians and/or other qualified persons under compulsion to conduct certain investigative procedures only where they have been specifically required by a law enforcement officer to do so (and only, perhaps, where no health or safety risk to the subject is involved). This approach would, in effect, be an extension of paragraph 118(*b*) of the *Criminal Code* which currently makes every one who "omits, without reasonable excuse, to assist a public officer or peace officer in the execution of his duty in arresting a person or in preserving the peace, after having reasonable notice that he is required to do so ..." guilty of an offence. A third approach, and the one favoured by this Commission, would be to forego the enactment of any statutory provision that would compel physicians, or any other persons not employed by the government for that particular purpose, to conduct any form of investigative procedure under any circumstances. This approach is consistent with that taken in our recent Report on *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences*.[132] Our opinion, once again, is that the conscription of such persons into the field of criminal investigation would constitute both an unjustified infringement of the individual rights of private citizens and, in some instances, an unconscionable intrusion into the special relationship of doctor and patient. Accordingly, the legislation envisioned by our recommendations would necessarily be drafted so as to reflect and ensure a clear absence of legal obligation in this regard.

V. The Consequences of Violation of Procedural Requirements

Adherence to the procedural requirements of legislation concerning investigative procedures in respect of the person may be enhanced *inter alia* by the enactment of a penalty for violation of such requirements (such as liability to criminal or police disciplinary proceedings), or by the exclusion of any evidence obtained as the result of such violation. As we indicated some time ago in our Report on *Evidence*, we believe that exclusion of evidence is an appropriate means by which to "protect the integrity of the adjudicative process."[133] As we have indicated more recently in our Report on *Questioning Suspects*,[134] we also believe exclusion of evidence to be an appropriate mechanism for controlling investigative powers. What remains to be considered in this Report is whether, in light of the exclusionary rule now contained in section 24 of the Charter, it is necessary to attach a separate exclusionary rule to the procedures we are recommending for the regulation of investigative procedures in respect of the person. We believe that it is.

It must be recognized that violations of the procedures proposed in our recommendations — even substantial ones — would not necessarily amount to violations of the Charter. In the absence of a separate exclusionary rule, therefore, there might well be

---

131. See Law Reform Commission of Canada, *supra*, note 7, p. 73.

132. *Supra*, note 85, p. 25.

133. Law Reform Commission of Canada, *Evidence*, [Report 1] (Ottawa: Information Canada, 1975), p. 61.

134. *Supra*, note 2.

circumstances in which the rule in *The Queen* v. *Wray*[135] would still apply. Such an eventuality would, in our view, be highly unsatisfactory. It would, in essence, betray our commitment to the fundamental principles upon which our proposed regime is premised. If these principles are to be taken seriously, and if the rule of law is to be properly served, it seems to us to be only logical that a state prescribing certain minimum rules of procedure based upon such principles should not generally be allowed to benefit from their breach.[136]

It is our further belief that in the sensitive area of investigative procedures in respect of the person, considerations relating to intrusiveness and reliability of evidence require a standard of protection pitched slightly higher than that provided by the Charter's formula. At the same time, however, it is also our opinion that the possibility of having reliable evidence automatically excluded as the result of minor or inadvertent defects in formalities ought to be avoided; we believe, therefore, that the consequences of a failure by the authorities to observe procedural requirements in the carrying out of investigative procedures in respect of the person should depend to a large extent on the nature and seriousness of the violation. For all of these reasons, we are in favour of a qualified (as opposed to absolute) exclusionary rule that places the burden on the prosecution to satisfy the court that admission of evidence obtained in contravention of our proposed rules would not bring the administration of justice into disrepute[137] (see Recommendation 14). It is our opinion that this approach is most consistent with the fundamental principles of the Criminal Law Review, as articulated by the Government of Canada in *The Criminal Law in Canadian Society*. In its view, "presumption, onus, or burden of proof ..."[138] constitute "a ... practical approach, an implicit methodology that can be used to sort out competing claims as to the appropriate point of balance"[139] when dealing with the "balance between individual liberties and the provision of adequate powers for the state to allow for effective crime prevention and control; ..."[140]

In general, we view subsection 24(2) of the Charter as providing a threshold or minimum protection. In principle, the existence of subsection 24(2) should not preclude resort to a different or higher standard of protection where policy reasons support such extension. Extraconstitutional "exclusionary rules" are by no means new.[141] The time-honoured doctrine of "solicitor-client privilege," for example, functions independently to preclude the revelation of relevant information in court in circumstances where the preservation of an overriding social interest is at stake.[142] Having premised our proposed

135. *Supra*, note 24.

136. See Law Reform Commission of Canada, *The Exclusion of Illegally Obtained Evidence*, [Study Paper] (Ottawa: Information Canada, 1974), pp. 22-23.

137. See Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 9, para. 298, p. 141.

138. *Supra*, note 15, p. 50.

139. *Ibid.*

140. *Ibid.*

141. See generally R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (Toronto: Carswell, 1984), Chapter 6.

142. See Law Reform Commission of Canada, *supra*, note 136, pp. 3-4; Delisle, *supra*, note 141, Chapter 6.

statutory regime on what we believe to be the most basic of social policy principles, we view the inclusion of a separate exclusionary rule as being essential for the protection of social interests that transcend the state's interest in the search for truth.

VI. Ensuring the Subject's Co-operation

There are basically three ways by which we may seek to enforce the subject's compliance with any lawful investigative procedures in respect of the person. One method would be to allow the use of a degree of force. This method has already been adopted in connection with some forms of investigative procedures in respect of the person in Canada. Subsection 2(2) of the *Identification of Criminals Act*, for example, provides that "[s]uch force may be used as is necessary to the effectual carrying out and application of [the] measurements, processes and operations" authorized thereunder. In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, Dickson J. (as he then was), speaking for the Supreme Court of Canada, answered the question as to whether or not a suspect or accused person could be compelled by force to participate in a lineup by saying that "[r]easonable compulsion to this end is ... an incident to the police power to arrest and investigate, and no more subject to objection than compelling the accused to exhibit his person for observation by a prosecution witness during a trial."[143]

A second method of ensuring the subject's submission to investigative procedures would be to enact a penalty for failure or refusal to participate in such procedures. Again, this method has been employed to some extent in Canada. Subsections 234.1(2) and 235(2) of the *Criminal Code*, for example, provide that everyone who fails or refuses, without reasonable excuse, to comply with a peace officer's demand for a breath sample under subsections 234.1(1) or 235(1) respectively is guilty of a "hybrid" offence. Subsection 240.1(2) makes unreasonable failure or refusal to comply with a peace officer's demand under subsection 240.1(1) a summary conviction offence. By virtue of sections 133, 453.4 and 455.6 of the *Code*, failure to *appear* for the purposes of the *Identification of Criminals Act* may constitute an offence and give rise to the issuance of a warrant for the arrest of the accused for the offence with which he or she is charged, although no specific mention is made of any legal consequences for an accused's failure or refusal to co-operate further. No specific statutory penalty exists for failure to co-operate with psychiatrists or psychologists in the course of examinations authorized under the provisions of the *Criminal Code*. Where an accused has failed to "attend" for "observation" pursuant to a court order under one of the *Criminal Code*'s observation provisions, he or she could, presumably, be liable for disobeying that order, although it is doubtful whether, having "attended," an accused could be penalized for refusing to undergo any investigative procedures suggested. Refusal to submit to some investigative procedures might, however, constitute the offence of obstruction. According to paragraph 118(*a*) of the *Criminal Code*, a person who "resists or wilfully obstructs a public officer

143. *Supra*, note 39, p. 7.

or peace officer in the execution of his duty or any person lawfully acting in aid of such an officer, ..." is guilty of a "hybrid" offence.

A third available method of enforcement is the enactment of a provision permitting the trier of fact to draw an adverse inference at trial from the accused's failure or refusal to participate in a given investigative procedure. Once more, this method has already been adopted in Canada in connection with some forms of investigative procedures in respect of the person. Subsection 237(3) of the *Criminal Code*, for example, which deals with proceedings for impaired driving, provides:

> (3) In any proceedings under section 234, evidence that the accused, without reasonable excuse, failed or refused to comply with a demand made to him by a peace officer under section 234.1 or subsection 235(1) is admissible and the court may draw an inference therefrom adverse to the accused.

By section 240.3 of the *Criminal Code*, this provision is made applicable to proceedings under subsection 240(4) (impaired navigation or operation of a vessel) and section 240.2 (navigation or operation of a vessel when blood alcohol level is over 0.08) as well.

Even in the absence of statutory provisions, it is clear from the case-law that an accused or suspected person's failure to submit to certain investigative procedures in respect of the person may, in some circumstances, have adverse evidentiary consequences.[144]

If, as we have recommended, requiring submission to investigative procedures in respect of the person is only to be permissible in cases where serious offences are involved, it seems apparent to us that only one of the above alternative measures — resort to a degree of force — can be relied upon to ensure the co-operation of subjects in authorized investigative procedures. In our assessment, the possibility of conviction for a separate, less serious offence would be unlikely to achieve a guilty subject's co-operation in the use of procedures that may produce evidence linking him or her to the commission of a grave offence.[145] The same holds true with respect to the possibility of an adverse inference. Indeed, the very allowance of an adverse inference may not be logically defensible in any case where the subject has failed or refused to submit to an investigative procedure of a particularly intrusive nature. For these reasons, we are of the opinion that the provisions relating to the use of force in our forthcoming Report on The General Part — Liability and Defences should apply to the administration of investigative procedures in respect of the person, and have not included a specific provision for the use of force in our present recommendations.

---

144. See *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, *supra*, note 39; *R.* v. *Sweeney (No. 2)*, *supra*, note 60; *R.* v. *Brager* (1965), 47 C.R. 264 (B.C. C.A.). But see also *R.* v. *Madden*, *supra*, note 91; *R.* v. *Shaw*, *supra*, note 47; *R.* v. *Burns*, *supra*, note 41; *R.* v. *Gowland* (1978), 45 C.C.C. (2d) 303 (Ont. C.A.); *R.* v. *McCormack* (1984), 28 Man. R. (2d) 29 (C.A.), p. 32.

145. See the Royal Commission on Criminal Procedure, *supra*, note 11, paras. 3.135 and 3.136, pp. 67-68, where a similar opinion is expressed.

Although the precise formulation of the recommendations we shall be making on this subject has yet to be finalized, we must emphasize that, in our view, the degree of force permissible in our present context ought to be significantly limited. As suggested by the tentative draft provisions contained in our Working Paper on *The General Part*,[146] we do not, for example, believe that the law should countenance the use of unnecessary force, or any force known likely to cause serious physical injury. The availability of a limited degree of force, therefore, should not inevitably conjure up images of police brutality. Prohibiting unnecessary force would recognize that resistance may take various forms. It may be purely passive (as in the mere withholding of consent), violently active, or anywhere in between. Prohibiting all force known likely to be seriously injurious, regardless of its necessity, would recognize the need to place reasonable limits on the lengths to which police officers may go in the investigation of crime.

Before leaving this subject, we should also point out that, under the regime we are proposing, the limited degree of force to which we have been referring generally would only be available to ensure compliance with a judicial order. Put another way, judicial orders would issue with the knowledge that force would be allowable to enforce them (subject to the limitations that would be set out in our forthcoming Report on The General Part); hence, force generally would be used to impose judicial will (not just the will of the police), and the use of force generally would be subject to judicial control.

146. Law Reform Commission of Canada, *The General Part — Liability and Defences*, [Working Paper 29] (Ottawa: Supply and Services, 1982).

CHAPTER THREE

Our Recommendations

As the result of the foregoing analysis, we have formulated a number of recommendations regarding the manner in which investigative procedures in respect of the person ought to be statutorily regulated. These recommendations, while not intended as an exhaustive and detailed prescription for the codification of such procedures, comprise what we consider at least to be the basic framework for the creation of any such statutory scheme.

We have omitted from the recommendations set out below the separate recommendations we have formulated to deal with certain investigative procedures in the context of drug- and alcohol-related driving offences. As we are of the view that the taking of body samples in the investigation of such offences involves special considerations, we have considered this issue outside the context of our general regime, and have dealt with it separately in our Report entitled *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences*.[147]

We wish to emphasize that our proposed regulation of investigative procedures in respect of the person is *not* intended as a recommendation that adherence to the proposed procedures should automatically render the evidence thereby obtained admissible.

Our recommendations are as follows:

Definition

1. (1) For the purpose of statutory codification, the term "investigative procedure in respect of the person" should be defined as any pre-adjudication procedure whereby a person in authority or any agent of such person endeavours to obtain or record, from a person suspected or accused of having committed a criminal offence, information concerning

(a) the physical or mental condition or characteristics of that person, or

(b) the offence in question.

147. *Supra*, note 85.

(2) Notwithstanding part (1) of this recommendation, the term "investigative procedure in respect of the person" should be defined so as to exclude from its scope:

- **(a) any procedure that does not require either physical contact with the subject or the subject's conscious co-operation;**
- **(b) the simple interrogation of the subject; and**
- **(c) the external search of the clothed body of the subject for "objects of seizure" as defined in Recommendation One, proposed subsection 3(1) of our Report on *Search and Seizure*.**

The purpose of this recommendation is to define the term "investigative procedure in respect of the person." Part (1) begins by stating an all-encompassing definition. In specifying that the definition should only embrace "pre-adjudication" procedures, this part is designed to make it clear that we are not attempting to regulate procedures that are not really "investigative" in nature, such as any identification or search procedures to which a person convicted of a criminal offence may be subjected in a prison or penitentiary prior to the expiration of his or her sentence. While it may be that the use of identification or search procedures in the post-conviction context would also be an appropriate subject for reform-orientated recommendations, consideration of this separate issue is beyond the scope of this Report.

Part (2) then narrows the definition. Paragraph (a) of part (2) is designed to make it clear that we are not here concerned with the regulation of procedures that in no way interfere with, or constitute an intrusion upon, the physical or mental integrity of the subject. While "inspection of the body of the subject ..." and "the photographing of the subject ...," for example, would be designated as investigative procedures in respect of the person by paragraphs (a) and (d) of Recommendation 4 respectively, they would only be designated as such in cases where they involve the co-operation of the subject or the "laying on of hands" by the authorities (that is, the police) or their agents. Surreptitious inspection of the subject's body, and the surreptitious photographing of the subject, on the other hand, would not be investigative procedures in respect of the person for the purposes of our recommendations, and would not be affected by our proposed statutory regime.

Paragraphs (b) and (c) of part (2) are designed to make clear that we are not, in this Report, concerned with the regulation of interrogation or normal search procedures; these have been dealt with, respectively, in our recent Reports on *Questioning Suspects* and *Search and Seizure*.

Prohibited Procedures

2. Notwithstanding anything in these recommendations, the following investigative procedures in respect of the person should not be permitted under any circumstances:

- **(a) the administering to the subject of any substance;**

(b) any surgical procedure that involves the puncturing of human skin or tissue;

(c) any procedure designed to remove the contents of the subject's stomach; or

(d) any procedure designed to produce a pictorial representation of any internal part of the subject that is not exposed to view.

The purpose of this recommendation is to prohibit outright the use of certain "medical" procedures that, if transposed to a non-therapeutic context, would be inherently unreasonable if performed without the subject's consent and (by their very nature) would also inevitably render any consent thereto unreasonable. Paragraph (a), for example, would prohibit the administration of "truth drugs," emetics, enemas, and so forth. Paragraph (b) would prohibit the surgical removal of bullets, and so forth, although it is not designed to prohibit the less intrusive (and only quasi-surgical) procedures by which blood specimens are taken. Paragraph (c) would prohibit any procedure in the nature of stomach pumping or gastric lavage. Paragraph (d) would prohibit the use of X-rays, ultrasound or other potentially dangerous procedures having a similar purpose.

This recommendation is designed to place a clear limit on the investigatory options open to the police or their agents, by drawing the line at procedures that would, under any circumstances, be objectionable as methods of obtaining evidence. It is not intended, however, to prevent suspected or accused persons from having any of the enumerated procedures performed for their own purposes; where this occurs, such procedures do not constitute "investigative procedures in respect of the person" as defined by Recommendation 1, since they are not attempts by "a person in authority or any agent of such person ..." to "obtain or record ... information...."

Procedure

3. Except as otherwise provided in these recommendations, the carrying out of an investigative procedure in respect of the person should not be permitted except

(a) with the subject's consent, or

(b) pursuant to a judicial order issued for that purpose in accordance with Recommendation 5.

The purpose of this recommendation is to make *consent* or a *judicial order* the normal prerequisites for the use of investigative procedures in respect of the person. Consent is permitted — even in situations where a judicial order might not be obtainable — so as to enable those persons who wish to co-operate with the police (whether to "clear" themselves of suspicion, or simply to be "good citizens") to do so. Provided that the genuineness of any consent is ensured (see Recommendation 10) we do not regard the use of investigative procedures in respect of the person (other than those referred to in Recommendation 2) in situations where a judicial order has not been obtained as any

infringement of individual rights or freedoms. Indeed, to deny persons categorically the right to participate in all such procedures on a consensual basis would, in our view, amount to an unjustified curtailment of individual rights, and would be analogous to preventing accused or suspected persons from making voluntary statements to the police.

4. The issuance of a judicial order referred to in Recommendation 3 should only be permitted with respect to the following investigative procedures in respect of the person:

(a) inspection of the body of the subject for the purpose of detecting identifying features, which might be concealed from view, in the nature of tattoos, wounds, scars, birthmarks or other physical peculiarities, and so forth;

(b) inspection of the body and/or body cavities of the subject, not involving the probing of the body or body cavities of the subject, for the purpose of ascertaining whether the subject is carrying or concealing an "object of seizure" as defined in Recommendation One, proposed subsection 3(1) of our Report on *Search and Seizure*;

(c) forensic physical examination by a qualified medical practitioner;

(d) the photographing of the subject, not involving the exposure of the subject's private parts;

(e) the taking of prints or impressions from any exterior part of the subject's body;

(f) the taking of hair combings, brushings or clippings from the subject;

(g) the taking of scrapings or clippings from the subject's fingernails;

(h) the removal or attempted removal of residues or substances from the external body of the subject by means of washings, swabs or adhesive materials;

(i) the taking of saliva samples from the subject for purposes other than the detection of intoxicating substances;

(j) the search for, removal of, or attempted removal of, "objects of seizure" (as defined in Recommendation One, proposed subsection 3(1) of our Report on *Search and Seizure*) concealed within the subject's body cavities, by a qualified medical practitioner;

(k) the making of dental or bite impressions; and

(l) the seizure of any clothing concealing the subject's private parts.

This recommendation enumérates those investigative procedures in respect of the person to which, in those circumstances specified in Recommendation 5 (see also Recommendation 6), it would be useful, appropriate and practical to require a person charged with a serious offence to submit. Absent from the list above are three categories of procedures. One category consists of those procedures that, while not necessarily devoid of value or "prohibitable" for the reasons outlined in the commentary to Recommendation 2, were thought to be either too intrusive or insufficiently valuable to be permitted other than on a consensual basis (see Recommendation 3). Procedures such as identification lineups (the limited value of which would likely be destroyed by the forcible

introduction of a non-consenting participant) and the taking of blood samples belong in this category. A second category of procedures that is absent from the list above consists of the prohibited procedures referred to in Recommendation 2. The third category consists of procedures that require active participation or an "honest" or genuine response from the subject, and to which it would, therefore, be impractical (see discussion in Chapter Two, Part VI) and/or inappropriate (see discussion in Chapter Two, Part I.A) to require submission by means of a judicial order; hence, consent is required. Procedures such as the taking of voice or handwriting samples, and psychiatric examination belong in this category.

5. The issuance of a judicial order with respect to any investigative procedure referred to in Recommendation 4 should be permitted where, and only where:

(a) the subject of the proposed procedure has been charged with an offence punishable with imprisonment for five years or more;

(b) there are reasonable grounds to believe that the carrying out of the proposed procedure will provide probative evidence of, or relating to, the offence with which the subject has been charged; and

(c) there is no less intrusive means practicable for obtaining the evidence to which the proposed procedure is directed.

This recommendation establishes the conditions under which a judicial order may be obtained with respect to the procedures enumerated in Recommendation 4. Paragraphs (a), (b) and (c) are cumulative and are designed to ensure that persons are not compelled to submit to investigative procedures in respect of the person unless clear justification exists.

Paragraph (a) has two salient features. The first is its requirement that a judicial order be obtainable only in cases where serious offences are being investigated. Designating serious offences, for the purposes of this regime, as those punishable with imprisonment for five years or more is, in our opinion, consistent with the procedural threshold utilized in paragraph 11(*f*) of the Charter. That paragraph treats offences punishable with imprisonment for five years or more as sufficiently serious to require special procedural treatment (namely, a guaranteed right "to the benefit of trial by jury"). The second salient feature of paragraph (a) is its requirement that the prospective subject be charged (see discussion in Chapter Two, Part III).

Paragraphs (b) and (c) of this recommendation are designed to prevent unreasonable or unnecessary intrusions.

6. Notwithstanding Recommendation 3, but subject to Recommendation 12, a peace officer should be authorized to carry out, or to cause to be carried out, in the absence of a judicial order and without the expressed consent of the subject, an investigative procedure referred to in Recommendation 4 where:

(a) the subject of the proposed procedure has been arrested for an offence punishable with imprisonment for five years or more;

(b) the peace officer on reasonable grounds believes that the carrying out of the proposed procedure will provide probative evidence of, or relating to, the offence for which the subject has been arrested;

(c) the peace officer on reasonable grounds believes that the delay that would be caused by applying for a judicial order would result in destruction or disappearance of the evidence toward which the proposed procedure is directed; and

(d) the peace officer on reasonable grounds believes that there is no less intrusive means practicable for obtaining the evidence toward which the proposed procedure is directed.

This recommendation creates a *limited exception* to the requirement for consent or a judicial order set out in Recommendation 3. It constitutes the exception, rather than the rule. The purpose of this recommendation is to permit the requirement for a judicial order to be dispensed with in exigent circumstances (see paragraph (c)), and to enable peace officers to require persons to submit to investigative procedures in respect of the person in circumstances similar to those in which a judicial order might otherwise have been obtained. The reference in paragraph (c) to "destruction or disappearance of ... evidence ..." is designed to cover a variety of contingencies. It could, for example, apply to the intentional removal by the subject of incriminating substances concealed or lodged on or about his or her person, to the spontaneous alteration of a temporary physical condition, and so on.

Paragraphs (a), (b), (c) and (d) are cumulative and, once again, are designed to ensure that persons are not compelled by peace officers to submit to investigative procedures unless clear justification exists.

Here, for obvious reasons, the prospective subject is required to have been arrested for, rather than charged with, an offence punishable with imprisonment for five years or more. We regard this recommendation as being consistent with paragraph 450(2)(*d*) of the *Criminal Code*[148] and Recommendation 1 in our forthcoming Working Paper on Arrest,[149] which affirm the preservation of evidence as a valid function of the arrest power.

Note that while this recommendation permits peace officers to carry out certain investigative procedures themselves in exigent circumstances, it does not dispense with the requirement contained in Recommendation 12 for the procedures to be done by qualified persons.

148. Paragraph 450(2)(*d*) of the *Criminal Code* makes "the need to ... secure or preserve evidence of or relating to the offence, ..." relevant to a determination of the lawfulness of arrests for summary conviction offences, "hybrid" offences and indictable offences mentioned in section 483.

149. In the forthcoming Working Paper of the Law Reform Commission of Canada on Arrest, Recommendation 1 states in part as follows:

> 1. That, as at present, the authority to arrest should be used to compel attendance of an accused person in court to answer criminal charges only where documentary notice of criminal proceedings is inadequate for this purpose because of a need
>
> (1) to prevent the accused person's interference with the administration of justice by any means, including failing to appear, concealing identity, destroying evidence, or tampering with witnesses ....

7. (1) Where a peace officer has carried out, or has caused to be carried out, an investigative procedure in respect of the person pursuant to Recommendation 6, the peace officer should be required to complete an investigative procedure report.

(2) An investigative procedure report should include:

(a) the date, time and place of the procedure;

(b) the nature of the procedure;

(c) a statement of the grounds that gave rise to the peace officer's belief that the carrying out of the procedure would provide probative evidence of, or relating to, the offence for which the subject was arrested;

(d) a statement of the grounds that gave rise to the peace officer's belief that the delay that would have been caused by applying for a judicial order would have resulted in destruction or disappearance of the evidence toward which the procedure was directed; and

(e) a statement of the grounds that gave rise to the peace officer's belief that there was no less intrusive means practicable for obtaining the evidence toward which the procedure was directed.

(3) A peace officer who completes an investigative procedure report should be required to provide a copy of the report to the subject of the procedure.

The purpose of this recommendation is to ensure accountability in cases where, in exigent circumstances, application for a judicial order is not feasible. It is similar to proposed section 23 contained in Recommendation One of our recent Report on *Search and Seizure*. As we explained in that Report at page 40, the requirement for a report of this nature is designed to facilitate review of the procedure's legality.

8. Notwithstanding Recommendations 3 and 5, a peace officer should be authorized to carry out, or to cause to be carried out, without the expressed consent of the subject, the fingerprinting and/or photographing of the subject

(a) where

(i) the subject of the proposed procedure is in lawful custody charged with an indictable offence, or has been apprehended under the *Extradition Act*[150] or the *Fugitive Offenders Act*;[151] and

(ii) the peace officer on reasonable grounds believes that the carrying out of the proposed procedure is necessary to establish or record the identity of the subject;

or

(b) where the subject of the proposed procedure is alleged to have committed an indictable offence and, on the basis of a reasonably grounded belief that the carrying out of the proposed procedure is necessary to establish

150. *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, as amended.

151. *Fugitive Offenders Act*, R.S.C. 1970, c. F-32, as amended.

or record the identity of the subject, has been required, in an appearance notice, promise to appear, recognizance or summons, to appear at a time and place stated therein for the purpose of having such procedure carried out.

This recommendation creates another limited exception to the requirements of Recommendation 3. It is designed, essentially, to retain the present law pertaining to the compulsory pre-adjudication fingerprinting and photographing of persons *for identification purposes*.[152] Although (for the reasons discussed in Chapter Two, Part III of this Report) this recommendation does not make the obtaining of a special judicial order mandatory, it does include a new requirement for a reasonably grounded belief as to the need, in any given case, for fingerprinting and/or photographing a subject in order to establish or record his or her identity. The purpose of this requirement is twofold. First, it is intended to leave intact the requirement that judicial authorization be obtained in accordance with Recommendations 3 and 5 in cases where the sole reason for the taking of fingerprints or photographs is to link the subject, in an incriminatory sense, to the offence under investigation. Second, it is intended to discourage the arbitrary fingerprinting or photographing of persons where such procedures are clearly unnecessary for identification purposes.

Protections and Safeguards

9. The subject of any proposed investigative procedure in respect of the person should be statutorily entitled to be told, prior to such procedure being carried out:

(a) the reason(s) for the proposed procedure; and

(b) whether or not he or she is required by law to submit to the proposed procedure.

The purpose of this recommendation is twofold. Paragraph (a) is designed to ensure that the law is made comprehensible to persons required to submit to investigative procedures in respect of the person, and that it is not perceived as being arbitrary. Paragraph (b) is designed to enhance compliance with the law by ensuring that persons are advised of the extent of their obligations.

10. (1) Where consent is required for any investigative procedure in respect of the person, the subject should be statutorily entitled to be told, prior to the obtaining of such consent:

(a) what the nature and purpose(s) of the proposed procedure are;

(b) whether the proposed procedure entails any significant risks to the health or safety of the subject and, if so, what those risks are;

(c) that he or she has the right to consult with counsel before consenting to, or refusing to consent to, the proposed procedure; and

152. See *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, subsection 2(1); P.C. 1954-1109, *supra*, note 34; *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, subsections 453.3(3) and 455.5(5).

(d) that he or she has the right to refuse to consent or to withdraw his or her consent at any time.

(2) For the purposes of determining whether or not the subject of an investigative procedure in respect of the person has consented to such procedure

(a) the signature of the subject on a document informing the subject of the facts that he or she is required to be told in accordance with part (1) of this recommendation should be *prima facie* proof of the subject's consent, and

(b) the absence of the subject's signature on a document of the type referred to in paragraph (2)(a) of this recommendation should be *prima facie* proof that the subject did not consent.

(3) The absence of an express written waiver by the subject of any of the rights referred to in these recommendations should be *prima facie* proof that there was no such waiver.

This recommendation is similar, in part, to the recommendation we have made with respect to consent to searches in our proposed section 18, Recommendation One of our recent Report on *Search and Seizure*. Owing to the potentially more intrusive nature of investigative procedures in respect of the person, however, the protections afforded by this recommendation are somewhat more stringent; there does not exist in our *Search and Seizure* Report any equivalent to paragraphs (1)(a), (b) or (c), or to paragraph (2)(b) of this recommendation.

Although the recommendation does not specify by whom the prescribed information must be given, it is envisioned that the person informing the subject would, necessarily, have to be someone who is knowledgeable about the things described in paragraphs (1)(a) and (b). Generally, this would be the "qualified person" conducting the procedure pursuant to Recommendation 12. In the case of investigative procedures having a "medical" character, therefore, the appropriate person, oft-times, would be a doctor. It is, perhaps, worth emphasizing here two points made earlier in our discussion, namely, that we are against the enactment of any provision that would compel physicians or other private citizens to conduct investigative procedures; and that we recognize that, in order to enlist the assistance of such persons, appropriate measures must be taken to protect them from legal liability (see Chapter Two, Part IV).

The underlying rationale for parts (1) and (2) of this recommendation is to ensure, as well as possible, the genuineness of any consent given in circumstances where such consent is required, without creating a complete impediment to consensual investigative procedures in cases where the execution of a formal document might not be feasible. The underlying rationale for part (3) is to ensure the genuineness of any waiver of rights, such as those contained in Recommendations 11 and 12.

11. The subject of any investigative procedure in respect of the person should be statutorily entitled to the greatest possible privacy during its administration, having regard to the nature of the procedure.

This recommendation is designed to ensure maximum privacy. It is, however, flexible in two respects. First, by providing that regard must be had to the nature of the procedure, it recognizes that the need for privacy may vary; the degree of privacy required for procedures that require the subject to expose his or her private parts, for example, would doubtless be greater than that required for procedures such as fingerprinting or the taking of scalp hair samples. Second, by stating in general terms that the subjects of investigative procedures in respect of the person should be afforded "the greatest possible privacy ...," it makes allowance for the particular circumstances of each case. While it would, in our view, be preferable that procedures involving the exposure of private parts be conducted by persons of the same sex as the subject, we recognize that a specific and absolute requirement of this sort might be impractical in some cases (for example, in remote areas where there may be a shortage of qualified personnel of both sexes, and where time is of the essence) or unduly fastidious in others (for example, where the person performing the procedure is a qualified medical practitioner).

12. The subject of any investigative procedure in respect of the person should be statutorily entitled to have such procedure conducted by qualified persons.

The purpose of this recommendation is to ensure maximum safety and reliability. Some procedures, such as the taking of blood samples (which would be a "consent only" procedure, by virtue of Recommendations 3 and 4), may involve an element of risk to the health or safety of the subject if they are not performed by qualified persons. Other procedures, such as the taking of hair combings, brushings or clippings, might be rendered unreliable (and, therefore, an unnecessary intrusion upon the subject) if the person performing the procedure has not been instructed as to the proper method, the importance of preventing sample contamination, and so on.

In cases where an investigative procedure in respect of the person is carried out pursuant to a judicial order issued in accordance with Recommendation 5, we envision that such order could specify in advance who a "qualified person" would be. By virtue of paragraphs (c) and (j) of Recommendation 4, the procedures described in those provisions would in all cases have to be performed by qualified medical practitioners. Where an investigative procedure is carried out otherwise than pursuant to a judicial order in which a qualified person has been specified in advance, and is not one of the procedures described in paragraphs (c) or (j) of Recommendation 4, the question of whether or not the procedure was conducted by a qualified person would have to be determined after the fact.

13. The subject of any investigative procedure in respect of the person should be statutorily entitled to have such procedure conducted in such a manner as to ensure minimum discomfort to the subject, having regard to the nature of the procedure and the surrounding circumstances.

This recommendation is designed to minimize the intrusion involved in any given investigative procedure in respect of the person. As with Recommendation 11, it is flexible in two respects. First, by providing that regard must be had to the "nature of the procedure

...." it recognizes that the degree of inevitable discomfort may vary; the degree of discomfort involved in the search for, or removal of, "objects of seizure" concealed within the subject's body cavities, for example, will inevitably be greater than that involved in the photographing of the subject or in the removal of residues from the subject's hands by means of washings. Second, by providing that regard must be had to "the surrounding circumstances," it recognizes that the degree of discomfort may be affected by factors such as the extent to which the subject co-operates, and so on.

Exclusion of Evidence

14. Evidence obtained in contravention of any of the procedures outlined in the above recommendations should not be admissible at the instance of the prosecution at a preliminary inquiry or trial unless the prosecution establishes that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

This recommendation is similar to that made with regard to the exclusion of improperly obtained evidence in our proposed section 447.5 of the *Criminal Code* in Report 23 on *Questioning Suspects*. Its purpose and rationale have been explained fully in Chapter Two, Part V of this Report. The exclusionary rule envisioned by this recommendation would constitute a clear departure from the general rule concerning the reception of evidence in criminal cases, wherein admissibility is tied to relevance; our rule would effectively create a presumption that the admission of evidence obtained in contravention of our proposed rules would bring the administration of justice into disrepute.

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

RAPPORT

les techniques d'investigation policière et les droits de la personne

25

Canada

RAPPORT 25

LES TECHNIQUES D'INVESTIGATION POLICIÈRE ET LES DROITS DE LA PERSONNE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J31-45/1985
ISBN 0-662-53735-1

RAPPORT

SUR

LES TECHNIQUES D'INVESTIGATION POLICIÈRE ET LES DROITS DE LA PERSONNE

Janvier 1985

L'honorable John Crosbie, c.p., c.r., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous présenter le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.

Allen M. Linden
président

Louise Lemelin, c.r.
commissaire

Alan D. Reid, c.r.
commissaire

Joseph Maingot, c.r.
commissaire

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M[e] Louise Lemelin, c.r., commissaire
M[e] Alan D. Reid, c.r., commissaire
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur la procédure pénale

Winston McCalla, c.r., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseiller principal

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Remerciements

La Commission remercie les personnes, les groupes et les organismes qu'elle a consultés lors de la préparation du présent rapport. Ils ont tous apporté une contribution importante à son élaboration. Il nous est impossible de nommer ici tous ceux et celles qui nous ont fait bénéficier de leurs conseils mais nous tenons à remercier tout particulièrement Messieurs les professeurs Jerome Bickenbach, Alan Brudner, Ed Ratushny et Robert Solomon de leur généreuse collaboration et de leurs précieuses suggestions. Nous tenons toutefois à souligner que les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles de la Commission et ne correspondent pas nécessairement à celles des personnes consultées.

Ce rapport n'aurait pas vu le jour sous sa forme actuelle sans la participation active et les conseils éclairés du professeur Jacques Fortin, qui est décédé récemment alors qu'il était vice-président de la Commission.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : La nécessité d'un régime complet et cohérent 5

I. L'incohérence et l'incertitude des règles actuelles 9
II. Le caractère archaïque des règles actuelles 13
III. L'incidence de la Charte sur les techniques d'investigation applicables à la personne 13

CHAPITRE DEUX : La réglementation législative des techniques d'investigation applicables à la personne : lignes directrices et points à considérer 15

I. Les dispositions de la Charte 15
A. Le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même 15
B. La présomption d'innocence 18
C. La sécurité de la personne 21
D. Les fouilles, perquisitions et saisies abusives 22
E. Les traitements cruels et inusités 24
II. Les techniques autorisées 24
III. Les motifs justifiant le recours à des techniques d'investigation applicables à la personne et l'autorisation judiciaire 26
IV. Les garanties 28
V. Les conséquences des infractions aux règles de procédure 31
VI. Les mécanismes visant à garantir la coopération du sujet 32

CHAPITRE TROIS : Nos recommandations 37

Introduction

Dans le cadre de la révision fondamentale et complète du droit pénal canadien, et de la réforme rationnelle de la procédure pénale, la Commission de réforme du droit du Canada a entrepris il y a quelques années un certain nombre d'études sur les pouvoirs de la police et les techniques d'investigation. Cette entreprise a déjà donné lieu à la publication de plusieurs documents d'étude, documents de travail et rapports où sont présentées des recommandations précises visant à la rationalisation, à la réforme et à la codification des règles applicables à l'investigation policière.

Notre étude des pouvoirs de la police et des techniques d'investigation se fonde sur la prémisse suivante : les pouvoirs conférés à la police dans ce domaine doivent être contenus dans des limites claires et raisonnables. En effet, force nous est de reconnaître que l'enquête est l'étape du processus pénal qui comporte le plus de risques de disparité entre les pouvoirs et moyens de l'État et ceux du citoyen. Cela se vérifie tout particulièrement lorsqu'une personne soupçonnée d'un crime a été arrêtée ou est détenue. Et ce risque de déséquilibre s'accroît dès lors qu'existent des «trous» dans les règles régissant les divers aspects de l'investigation policière. L'absence de dispositions claires et exhaustives ne peut en effet que favoriser les comportements oppressifs et l'intimidation.

Dans ce contexte, le contrôle et la réglementation des activités de la police au moyen de limites claires et raisonnables constituent une protection essentielle contre les atteintes arbitraires à la vie privée et à la sécurité de la personne. Il s'agit d'ailleurs là d'un trait distinctif des sociétés libres et démocratiques.

Si l'institution de règles s'impose à ce chapitre, ce n'est du reste pas seulement en vue de la protection des droits individuels mis directement en péril par le caractère discrétionnaire des pouvoirs conférés à la police, représentante de l'État tout-puissant. En effet, une telle réglementation est par ailleurs indispensable si l'on veut que les agents de la paix connaissent les limites de leurs pouvoirs, et soient ainsi en mesure de veiller à ce que leurs enquêtes satisfassent aux critères énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*[1].

La procédure pénale ne répond pas simplement à des considérations pratiques : elle détermine et reflète tout à la fois la qualité du système judiciaire d'une société, la nature même de celle-ci. Il ne faudrait pas croire que les règles de procédure aient pour fonction de rendre plus difficile la tâche des poursuivants, en permettant aux criminels d'échapper à la condamnation pour de simples questions accessoires. En réalité, leur but consiste à

---

1. La Charte constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, celle-ci formant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, chap. 11.

préciser dans quelles limites l'État devrait être autorisé à porter atteinte aux droits individuels. Correctement formulées, ces règles ne peuvent en fait qu'accroître la qualité des investigations policières et des éléments de preuve qui en découlent.

Voilà la perspective dans laquelle s'inscrit le présent rapport. La Commission entend y proposer un ensemble complet et cohérent de dispositions législatives destinées à régir une partie de la criminalistique jusqu'ici négligée par les tribunaux canadiens, soit les techniques d'investigation qui visent la personne. Parmi les méthodes permettant d'obtenir des éléments de preuve directement des prévenus ou des suspects, nous nous intéresserons donc à celles dont l'application suppose une participation quelconque de ces derniers, ou porte atteinte à leur intégrité physique ou mentale. Dans d'autres rapports consacrés à des questions connexes (*L'interrogatoire des suspects*[2] et *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*[3]), la Commission a déjà étudié certaines techniques d'investigation qui sembleraient presque correspondre à cette définition. Précisons cependant que nous ne parlerons pas ici des simples interrogatoires, ni des fouilles sommaires pratiquées sur des personnes. Le présent rapport porte sur des techniques d'investigation (dont un bon nombre présentent un caractère plus ou moins scientifique) qui sont davantage susceptibles de porter atteinte à l'intimité, car elles consistent dans l'utilisation du corps ou de l'esprit d'une personne en vue de l'obtention d'éléments de preuve contre elle. Ainsi définies, les «techniques d'investigation applicables à la personne» comprendraient : les séances d'identification et les confrontations; la recherche de signes particuliers; les examens corporels pratiqués sur une personne dévêtue; l'examen médico-légal; la prise de radiographies ou l'examen des orifices corporels, etc., en vue de découvrir des corps étrangers ou des objets dissimulés; la photographie; la prise d'empreintes digitales; la prise d'empreintes dentaires ou d'empreintes de morsures; les mensurations; le prélèvement, pour analyse, de substances ou de résidus sur la peau du sujet; le prélèvement, pour analyse, de cheveux, de sang, de salive ou d'autres substances corporelles; l'extraction chirurgicale d'un corps étranger ou d'un objet dissimulé; l'administration de diverses substances («sérum de vérité», émétiques, lavements); les épreuves physiques visant notamment à vérifier si une personne est sous l'effet de l'alcool ou d'une drogue; l'obtention de spécimens d'écriture; le prélèvement d'échantillons d'haleine; le prélèvement d'empreintes vocales; l'analyse polygraphique (détecteur de mensonge); l'examen psychiatrique; l'hypnose, etc. Toutes ces méthodes d'investigation ont ceci en commun que leur utilisation, par les représentants de l'État, soulève des problèmes juridiques et sociaux de très grande portée au chapitre du droit à la vie privée et à la dignité, du droit à la sécurité de sa personne, du droit de ne pas être tenu de témoigner contre soi-même et de la présomption d'innocence. Vu l'importance et la complexité de ces problèmes, nous estimons qu'il est grand temps, en droit canadien, d'organiser de manière systématique les techniques d'investigation applicables à la personne. En effet, très peu d'entre elles font chez nous l'objet de dispositions législatives claires. Il ne semble y avoir aucune uniformité dans ce domaine. Il n'existe non plus aucun code cohérent et complet qui

2. Commission de réforme du droit du Canada, *L'interrogatoire des suspects* [Rapport 23], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

3. Commission de réforme du droit du Canada, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* [Rapport 24], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

préciserait les cas où l'on peut recourir à ces techniques, la manière dont elles devraient être appliquées, les droits et obligations des personnes qui y sont soumises. À l'heure actuelle, on lit souvent dans les journaux ou les recueils de jurisprudence qu'un lien a pu être établi entre un inculpé et une infraction donnée grâce à une preuve «matérielle». Or, dans bien des cas, la preuve en question n'a pu être obtenue que par la coopération de la personne en cause, ou par l'ingéniosité de la police. Lorsqu'une telle preuve est jugée recevable au procès, en outre, ce n'est pas nécessairement parce que son obtention était autorisée ou prévue par la loi. D'une manière générale, en effet, même les preuves illégalement obtenues sont de prime abord recevables selon le droit actuel, à condition d'être pertinentes en l'espèce.

Comme tous les rapports et documents de travail de la Commission touchant les pouvoirs de la police et les techniques d'investigation, le présent rapport repose sur cet aspect fondamental du principe de la légalité : les représentants de l'État ne peuvent porter atteinte à la liberté individuelle et à l'intimité de la vie privée des citoyens que dans la mesure où la loi les y autorise[4]. À l'instar de la récente Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, nous jugeons indispensable que «la loi autorise toutes les techniques d'enquête que le simple citoyen ne saurait employer légalement[5]». Notre objectif fondamental, répétons-le, consiste à arrêter des règles de procédure qui viendront préciser dans quelles limites les représentants de l'État devraient être autorisés à porter atteinte aux droits individuels. Quel rôle le suspect ou le prévenu devrait-il être tenu de jouer dans l'obtention de renseignements qui seront éventuellement utilisés en preuve contre lui dans un procès pénal? Voilà donc la grande question à laquelle il nous faut répondre. Certains diront qu'il devrait être obligé de se soumettre à toute technique d'investigation susceptible de fournir un élément de preuve, ceci étant indispensable à l'application efficace de la loi. D'autres estimeront au contraire que dans le système accusatoire, l'État devrait être tenu d'établir la culpabilité du suspect ou du prévenu sans que ce dernier soit jamais forcé de fournir des preuves en subissant l'application de techniques visant sa personne. Malheureusement, le principe de la légalité ne nous dit pas en quoi consistent précisément les obligations du suspect et du prévenu, ni où devraient s'arrêter les pouvoirs de l'État en la matière[6]. Fondée sur l'analyse présentée dans les pages qui suivent, l'opinion de la Commission se trouve exposée dans les recommandations figurant à la fin du présent rapport. Elle peut être ramenée à trois grandes propositions. Premièrement, il est indispensable d'interdire d'une manière absolue l'utilisation de certaines techniques d'investigation visant la personne. Deuxièmement, nous jugeons important que d'autres techniques d'investigation visant la personne puissent

---

4. Voir E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 12. D'une manière générale, voir E. L. Barrett Jr., «Police Practices and the Law — From Arrest to Release or Charge» (1962), 50 *Calif. L. Rev.* 11.

5. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi* [Deuxième rapport], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981, vol. 1, p. 428. Pour un point de vue sur les pouvoirs de la police qui est quelque peu différent de celui de la Commission d'enquête, voir le Comité fédéral-provincial des fonctionnaires chargé de la justice pénale, R. M. McLeod président, *Rapport du Comité fédéral-provincial des fonctionnaires chargé de la justice pénale aux sous-ministres de la Justice, sous-procureurs généraux et solliciteurs généraux adjoints au sujet du rapport de la Commission McDonald*, Ottawa, Ministère du Solliciteur général du Canada, 1983.

6. Voir Ratushny, *supra*, note 4, p. 47.

être appliquées avec le consentement de la personne en cause. Troisièmement, les citoyens devraient être tenus de se soumettre à un *nombre limité* de techniques d'investigation applicables à la personne, mais seulement dans des circonstances bien précises. Les circonstances auxquelles nous pensons seront explicitées ci-dessous, mais soulignons dès à présent qu'à notre sens, *l'autorisation judiciaire préalable* devrait normalement constituer une condition essentielle. Après avoir défini le rôle du suspect et du prévenu au regard de ces trois propositions, nous étudierons certaines autres questions importantes : De quelles garanties procédurales le suspect et le prévenu devraient-ils bénéficier? Quelles conséquences devrait entraîner le manquement aux règles dont nous proposons l'établissement? Et en ce qui concerne les techniques dont l'application devrait selon nous être autorisée, quel serait le meilleur moyen de garantir la collaboration du suspect ou du prévenu? À la lecture des recommandations contenues dans le présent rapport, on pourra être tenté de croire que la Commission préconise l'élargissement des pouvoirs d'enquête conférés à la police. Soulignons pourtant que ces recommandations revêtent au contraire un caractère essentiellement limitatif. Toute extension résultant éventuellement de la rationalisation et de la clarification du droit relatif aux techniques d'investigation qui visent la personne doit en effet être appréciée au regard des règles de procédure rigoureuses dont nous proposons l'établissement à ce chapitre. Et suivant notre dernière recommandation, qui constitue une pièce essentielle du régime proposé, les preuves illégalement obtenues seraient, contrairement à la règle actuelle, présumées *irrecevables* et ce, afin de garantir l'observation des règles prévues.

Le régime dont nous recommandons l'institution avait déjà été décrit, sous une forme quelque peu différente, dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques*[7]. Pour mieux comprendre la genèse du présent rapport, on aura donc intérêt à consulter ce document. Les recommandations présentées ici, qui traduisent notre point de vue définitif, résultent d'une longue période de consultations auprès de divers groupements, organismes et personnes qu'il nous est impossible de tous nommer ici, mais auxquels nous voulons témoigner notre profonde gratitude.

Dans l'élaboration du régime proposé, nous avons cherché à atteindre divers objectifs. En premier lieu, il fallait mettre l'accent sur la certitude, la cohérence et la simplicité de la loi. En deuxième lieu, le régime envisagé devait d'une part être adapté aux méthodes de la criminalistique moderne, et d'autre part réglementer efficacement leur utilisation. En troisième lieu, il s'agissait d'atteindre un juste équilibre entre les droits des citoyens et l'intérêt public, de manière à réduire au minimum les pouvoirs discrétionnaires de la police tout en assurant l'équité, l'égalité de tous devant la loi, ainsi que le contrôle de la légalité des techniques d'investigation appliquées par les agents de la paix, le tout en conformité avec l'esprit et la lettre de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

---

7. Commission de réforme du droit du Canada, *Les méthodes d'investigation scientifiques* [Document de travail 34], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

CHAPITRE UN

La nécessité d'un régime complet et cohérent

L'idée d'un ensemble complet et cohérent de dispositions législatives destinées à régir les techniques d'investigation visant la personne (tel le régime proposé ici) n'a rien de radical ni de bien nouveau. Du reste, plusieurs de ces pratiques font déjà l'objet de textes de loi au Canada (citons par exemple la photographie, l'identification par empreintes digitales, l'anthropométrie judiciaire, le prélèvement d'échantillons d'haleine). La Commission n'est pas non plus la première à proposer d'étendre le champ du régime actuel et de le rendre plus cohérent. Ainsi, les mesures recommandées dans le présent rapport ont été étudiées dans divers documents d'organismes de réforme du droit étrangers : aux États-Unis, le *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (1975)[8]; en Australie, le *Report on Criminal Investigation* (1975)[9]; en Nouvelle-Zélande, le *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification* (1978)[10]; et, en Angleterre, le *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure* (1981)[11]. Certaines de ces mesures se retrouvent également dans des projets de loi ou des textes déjà en vigueur dans d'autres pays du Commonwealth et dans plusieurs États américains. L'institution d'un régime complet et cohérent pour les techniques qui nous intéressent ici ne peut donc être considérée comme une innovation marquante. Si elle s'avère nécessaire, en réalité, c'est notamment parce qu'il est indispensable de tenir compte des progrès de la criminalistique. Par exemple, le Comité de réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande a reconnu que dans certains cas, mieux vaut recourir à des méthodes scientifiques modernes que de se fier à l'identification par témoin oculaire, plus hasardeuse[12]. D'où les recommandations faites par cet organisme au sujet des techniques d'investigation applicables à la personne. De même, la Commission de réforme du droit de l'Australie estimait que, d'une part, bon nombre de ces techniques permettent d'obtenir des preuves d'une valeur probante telle qu'il convenait de permettre leur utilisation et que, d'autre part, il fallait prêter une [TRADUCTION] «attention systématique[13]» aux règles régissant l'obtention de preuves matérielles destinées à l'analyse médico-légale. En outre, comme elle écarte les

8. American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, Philadelphie, American Law Institute, 1975.

9. Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation* [Rapport n° 2], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975.

10. New Zealand Criminal Law Reform Committee, *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification*, Wellington, Nouvelle-Zélande, Criminal Law Reform Committee, 1978.

11. The Royal Commission on Criminal Procedure, Sir C. Philips président, *Report of The Royal Commission on Criminal Procedure*, Cmnd. 8092, Londres, HMSO, 1981.

12. *Supra*, note 10, par. 2, p. 1.

13. *Supra*, note 9, par. 134, p. 58.

risques d'arbitraire et l'incertitude, l'existence d'un régime du genre de celui que nous proposons, est parfaitement compatible avec l'affirmation du principe de la légalité. Comme on le souligne dans les commentaires accompagnant les règles de l'American Law Institute, il convient de donner à la police un mandat lui indiquant clairement de quelle manière elle devrait procéder[14].

En dépit des progrès de la criminalistique, et malgré l'adoption de régimes semblables à l'étranger, nous estimons que toute réforme fondamentale des règles régissant les techniques d'investigation visant la personne doit avoir un fondement logique et reposer sur de solides principes juridiques et sociaux. Aussi le régime proposé dans le présent rapport a-t-il été élaboré à la lumière d'un certain nombre de considérations importantes. En tout premier lieu, nous entendions veiller à ce que les règles régissant le recours à ces techniques satisfassent à certains critères de base, à certains postulats. À ce sujet, nous citerons le récent énoncé de politique du gouvernement canadien intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*[15], où sont formulés plusieurs principes auxquels la Commission adhère depuis longtemps et sur lesquels devra s'appuyer la réforme du droit pénal et de la procédure. L'un de ces principes s'énonce ainsi : «Le droit pénal doit prévoir et définir clairement les pouvoirs nécessaires à la conduite des enquêtes criminelles ... sans empiéter de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes[16]». Dans le contexte actuel, l'application efficace de ce principe suppose tout d'abord que les pouvoirs des représentants de l'État (c'est-à-dire les policiers) et les droits des citoyens soient clairement définis dans des dispositions législatives. La Commission estime en effet qu'il est de la toute première importance de préciser les rapports entre l'État et le citoyen. Comme nous l'avons souligné dans notre récent rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*[17], cette tâche (indissociable de l'affirmation du principe de la légalité) ne peut être correctement menée à bien que par le recours à un mécanisme garantissant la stabilité et l'uniformité, et obligeant les représentants de l'État à rendre compte de leurs actes. Pour que le principe énoncé ci-dessus puisse être efficacement appliqué, il faut en outre arriver à un juste équilibre entre des intérêts contradictoires[18]. D'un côté, la société a intérêt, en ce qui a trait à la criminalité, à favoriser la dissuasion et la prévention, ceci par la recherche efficace du crime et par l'engagement de poursuites pénales[19]. Comme le mentionnait le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, «l'objet principal de tout le processus de justice pénale est de protéger la société en réduisant l'ampleur de la criminalité.. [20]». De l'autre côté, cependant, il est tout aussi important pour la société de garantir les libertés et droits fondamentaux des individus qui la composent, en réglementant la manière dont les représentants de l'État procèdent pour obtenir les éléments

14. *Supra*, note 8, p. 423.

15. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982.

16. *Id.*, p. 62.

17. *Supra*, note 2, p. 10.

18. Voir The Royal Commission on Criminal Procedure, *supra*, note 11, par. 1.11, p. 4.

19. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et corrections : un lien à forger* (ci-après appelé Rapport Ouimet), Ottawa, Information Canada, 1969, p. 50.

20. *Ibid.*

de preuve nécessaires à la condamnation des criminels[21]. Il faut donc tenir la balance égale entre, d'une part, la nécessité de la prévention et de la répression du crime et, d'autre part, certaines notions fondamentales dans la société : intimité de la vie privée des citoyens, dignité humaine, sécurité personnelle[22] et présomption d'innocence. Et même sur un plan tout à fait pragmatique, force est de reconnaître que l'on ne peut penser rendre plus efficace l'application de la loi si l'accroissement des pouvoirs de la police fait perdre à cette dernière l'appui de la collectivité[23].

Le fait de reconnaître l'importance des droits et libertés de la personne dans l'équilibre à atteindre au regard de l'application de la loi oblige selon nous le législateur à prêter une plus grande attention, en matière de procédure pénale, à la manière dont sont obtenus les éléments de preuve. L'État qui garantit l'existence de ces droits et libertés doit absolument prendre les mesures nécessaires pour qu'il n'y soit pas porté atteinte. Or, comme le montrent le célèbre arrêt *La Reine* c. *Wray*[24] ainsi que certaines autres décisions portant spécifiquement sur l'obtention de preuves matérielles par l'application illégitime de diverses techniques d'investigation visant la personne[25], c'est surtout à la pertinence et à la fiabilité de ces preuves que se sont intéressés les tribunaux. Dans l'arrêt *The Attorney General for Quebec* v. *Begin*[26], par exemple, le juge en chef Kerwin s'est dit d'avis, dans un *obiter dictum*, que les résultats d'une analyse de sang ne pouvaient être considérés comme irrecevables du simple fait que le prélèvement avait été effectué sans le consentement du prévenu (le juge Abbott souscrivant à cette opinion). Le juge en chef cite, en l'approuvant, cet extrait de l'arrêt rendu par le comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Kuruma* v. *The Queen*[27] : [TRADUCTION] «pour décider simplement de la recevabilité d'un élément de preuve, il ne s'agit pas de savoir si la méthode par laquelle il a été obtenu est justifiable bien qu'attentatoire aux droits du sujet, mais de savoir si l'élément de preuve est pertinent en l'espèce». Et suivant l'arrêt *Wray*, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux à l'égard de l'exclusion d'éléments de preuve pertinents mais illégitimement obtenus était limité aux cas où la force probante de ces éléments était «insignifiante» par rapport à leur caractère préjudiciable. La méthode utilisée pour obtenir les preuves n'avait donc que très peu d'importance, sauf si elle risquait d'en amoindrir la valeur probante. Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cependant (et de l'article 24 en particulier[28]), il y a tout lieu de croire que la

---

21. Hon. Lord Thomson, *Criminal Procedure in Scotland* [Second Report], Cmnd. 6218, Edimbourg, HMSO, 1975, par. 2.03, p. 8.

22. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Procédure pénale : La communication de la preuve* [Document de travail 4], Ottawa, Information Canada, 1974, p. 5 et 6; Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel* [Document de travail 26], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1980, p. 6.

23. Voir le Rapport Ouimet, *supra*, note 19, p. 50.

24. [1971] R.C.S. 272.

25. Voir *The Attorney General for Quebec* v. *Begin*, [1955] R.C.S. 593; *R.* v. *McNamara* (1951), 99 C.C.C. 107 (C.A. Ont.); *R.* v. *McIntyre* (1951), 102 C.C.C. 104 (C.S. Alb.).

26. *Supra*, note 25, p. 595.

27. [1955] A.C. 197 (C.P.), p. 204.

28. L'article 24 de la Charte, *supra*, note 1, dispose :

> **24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

portée de la règle énoncée dans l'arrêt *Wray* s'est trouvée considérablement réduite : tout au moins en ce qui concerne les droits garantis par la Charte, la réception d'éléments de preuve pertinents sera dorénavant soumise à des critères additionnels. Partant, les tribunaux et même le législateur devront maintenant prêter une plus grande attention aux méthodes par lesquelles les preuves sont obtenues. Selon nous, la réglementation par dispositions législatives des techniques d'obtention des preuves serait conforme aux objectifs fondamentaux de la Charte et à son esprit. Les agents de police disposeraient ainsi de lignes de conduite supplémentaires, et cette réglementation contribuerait à garantir l'observation des dispositions de la Charte ainsi que le respect des droits et libertés individuels. En outre, dans les cas où les droits de certains citoyens risqueraient de ne pas être convenablement assurés par les exigences minimales de la Charte (et a fortiori pour les situations où l'arrêt *Wray* demeurerait applicable), nous tenons pour particulièrement importante l'institution de règles de procédure, et notamment d'une règle d'exclusion distincte. (Nous reviendrons à l'exclusion des éléments de preuve dans la partie V du chapitre deux du présent rapport.)

La Commission souscrit aussi depuis longtemps à cet autre principe : «Afin d'assurer l'égalité de traitement et le respect de l'obligation de rendre compte, les pouvoirs discrétionnaires exercés à certaines étapes critiques du processus de justice pénale doivent être soumis à des mécanismes de surveillance appropriés[29]». La mise en œuvre de ce principe, en matière de techniques d'investigation visant la personne, exige elle aussi que les règles nécessaires prennent la forme de dispositions législatives d'application uniforme. C'est, à notre avis, la meilleure façon de garantir l'égalité de tous au regard de l'application de ces techniques (et donc l'observation du paragraphe 15(1) de la Charte[30]). Il est en outre indispensable de définir très précisément dans la loi les conditions dans lesquelles peuvent être appliquées les méthodes d'investigation, afin de réduire au maximum les risques d'abus. Le principe énoncé ci-dessus suppose enfin la mise sur pied de mécanismes propres à garantir le respect de l'obligation de rendre compte ainsi que la transparence du processus (voir en particulier la recommandation 7).

La Commission souscrit aussi depuis nombre d'années à un troisième principe : «Le droit pénal doit ... exposer clairement et simplement les droits des personnes dont la liberté est directement menacée par le processus pénal[31]». Nous jugeons donc essentiel l'établissement, dans la loi, de garanties fondamentales explicites à l'intention des citoyens qui peuvent être forcés de se soumettre à des techniques d'investigation; il convient aussi d'informer ces personnes de leurs droits[32]. Comme nous l'indiquions il y a quelques

---

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

29. *Supra*, note 15, p. 62.

30. Le paragraphe 15(1) de la Charte, *supra*, note 1, énonce notamment ce qui suit :

(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination ...

31. *Supra*, note 15, p. 61.

32. *Supra*, note 15, p. 69.

années dans un document d'étude intitulé *Pour une codification du droit pénal*[33], la codification constitue sans doute le meilleur moyen de faire connaître la loi au public. En outre, il est selon nous possible d'accroître cette connaissance par l'adoption de dispositions selon lesquelles les citoyens éventuellement soumis à l'application de techniques d'investigation seraient obligatoirement informés de leurs droits.

Des considérations de nature générale liées aux principes exprimés ci-dessus découlent un certain nombre de problèmes particuliers. La Commission estime que ces problèmes justifient la réforme en profondeur des règles actuelles et rendent nécessaire la réglementation cohérente et globale, par dispositions législatives, du recours aux techniques d'investigation visant la personne. Ces problèmes particuliers sont les suivants : (1) l'incohérence et l'incertitude des règles actuelles, (2) leur caractère archaïque et (3) l'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le recours aux techniques d'investigation visant la personne.

I. L'incohérence et l'incertitude des règles actuelles

Seules quelques-unes des techniques d'investigation visant la personne font l'objet de dispositions législatives. En fait, les seules à être régies spécifiquement et sans ambiguïté par les lois fédérales relatives à la procédure pénale sont les suivantes : la prise d'empreintes digitales[34], la photographie[35], les «mensurations, procédés et opérations exécutés d'après la méthode d'identification des criminels appelée communément bertillonnage[36]» et enfin le prélèvement d'échantillons d'haleine[37]. Les tribunaux reconnaissent couramment la valeur probante d'autres méthodes d'investigation visant la personne et pourtant, l'obligation de s'y soumettre n'est aucunement sanctionnée, elle est même en certains cas spécifiquement écartée[38]. Il n'est pas facile de voir où se situe la logique dans tout cela. D'autant plus que la police conserve, dans certains cas, le pouvoir de

---

33. Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une codification du droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 24-28.

34. C.P. 1954-1109 (C.R.C. 1955, p. 2025), pris en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1.

35. *Ibid.*

36. *Loi sur l'identification des criminels*, *supra*, note 34, paragraphe 2(1).

37. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié, paragraphes 235(1) et 240.1(1). Voir également le paragraphe 234.1(1).

38. Voir les dispositions du paragraphe 237(2) du *Code criminel* :

> (2) Nul n'est tenu de donner un échantillon de sang, d'urine ou d'une autre substance corporelle pour analyse chimique aux fins du présent article si ce n'est en ce qui a trait à l'haleine selon les prescriptions des articles 234.1, 235 ou 240.1, et la preuve qu'une personne a fait défaut ou refusé de donner cet échantillon ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible; de plus, un tel défaut ou refus ou le fait qu'un échantillon n'a pas été prélevé ne saurait faire l'objet de commentaires par qui que ce soit au cours des procédures.

contraindre par la force les suspects et les prévenus à subir l'application de certaines méthodes tenues pour peu dignes de confiance[39].

La confusion des règles actuelles peut sans doute être attribuée, en partie, au fait que les rares dispositions législatives sur les techniques d'investigation visant la personne ne soient pas réunies dans un même texte. En outre, dans les cas où le recours à ces méthodes n'est pas régi par la loi, les règles découlant du common law sont par trop ambiguës. Dans quelle mesure, par exemple, les pouvoirs d'«arrestation et d'enquête» que le common law confère à la police peuvent-ils justifier l'application, par la force, de techniques d'investigation visant la personne? Selon le Comité de réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande, il ne fait pas de doute que le common law n'autorise aucunement le recours à des méthodes nécessitant le prélèvement de substances corporelles, et que l'emploi de la force à de telles fins constitue des voies de fait[40]. On trouve la même opinion exprimée dans la jurisprudence canadienne[41]. Cependant, il semble que le pouvoir de fouille conféré en matière d'arrestation autorise l'extraction de substances non corporelles, mais dissimulées dans le corps d'un suspect; pourtant, l'application de telles techniques suppose une atteinte bien plus grande à l'intégrité personnelle du sujet que la plupart des méthodes utilisées pour le prélèvement de substances corporelles. Suivant l'arrêt *R.* v. *Brezack*[42], par exemple, un agent de police peut légalement insérer ses doigts dans la bouche d'un suspect pour voir si de la drogue n'y est pas dissimulée. En mordant la main du policier, le suspect s'était donc rendu coupable de voies de fait contre «un agent de la paix agissant dans l'exercice de [ses] fonctions» (alinéa 296*b*) du *Code criminel*, correspondant à l'actuel alinéa 246(1)*a*)). Et dans l'arrêt *Reynen* v. *Antonenko*[43], on a décidé que le pouvoir de fouiller une personne à l'occasion de l'arrestation permettait à la police de demander à un médecin d'extraire des drogues dissimulées dans le rectum du suspect; cette extraction ne pouvait donc constituer des voies de fait[44].

En ce qui concerne par ailleurs les techniques nécessitant le prélèvement, sur un suspect ou un prévenu, de substances qui ne sont ni corporelles ni dissimulées (matières

39 L'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* (*supra*, note 34), par exemple, permet aux autorités de recourir à la force pour soumettre les accusés à l'application de la méthode d'identification du bertillonnage. Il s'agit là d'une méthode d'identification désuète et peu fiable, comme nous l'expliquons dans la partie II du premier chapitre. Comme on l'a fait observer dans l'arrêt *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, p. 771-772, (1975) 24 C.C.C. (2d) 1, p. 7, il est également possible de recourir à la force afin de contraindre les suspects ou les prévenus à participer à une séance d'identification. Pour une étude du manque de fiabilité des séances d'identification, voir N. Brooks, *Directives à l'intention de la police : L'identification par témoin oculaire avant le procès* [Document d'étude préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, p. 7 à 11.

40 *Supra*, note 10, par. 9, p. 4. Voir également Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 9, par. 130, p. 57; *Ex parte Kearney*, [1966] Qd. R. 306 (C.S.), p. 311; Rapport Ouimet, *supra*, note 19, p. 66.

41 Voir *R.* v. *Turnick (No. 2)* (1920), 54 N.S.R. 69 (C.S.); *R.* v. *Frechette* (1948), 93 C.C.C. 111 (C. Sess. Qué.), conf. [1949] B.R. 388, (1949) 94 C.C.C. 392; *R.* v. *Burns*, [1965] 4 C.C.C. 298 (H.C. Ont.), [1949], 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.).

42 (1975), 30 C.R.N.S. 135 (C.S. Alb.). Cependant, voir *R.* v. *Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137 (C. comté C.-B.).

44 Voir l'opinion du juge MacDonald aux pages 139-144. Voir toutefois le Rapport Ouimet, *supra*, note 19, p. 66.

se trouvant sous les ongles, résidus provenant d'armes à feu ou autres résidus), la jurisprudence est rare et ne semble pas véritablement fixée[45]. D'après la doctrine canadienne, en outre, il n'est pas certain que l'on puisse obliger une personne mise en état d'arrestation à se soumettre contre son gré à des examens physiques susceptibles de fournir des preuves contre elle[46]. Mais il ressort très clairement d'un certain nombre de décisions canadiennes[47] que le prévenu n'est aucunement tenu de participer activement à certaines épreuves physiques (visant par exemple à vérifier l'état d'ébriété). Et à cet égard, la police ne dispose d'aucun moyen légal (emploi de la force, sanctions pénales) pour le contraindre à collaborer[48]. En ce qui concerne les méthodes dont l'application nécessite une simple collaboration passive, par contre, la situation n'est pas aussi limpide[49]. Dans l'arrêt *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[50], la Cour suprême du Canada avait notamment à trancher la question de savoir dans quelle mesure le common law permet à la police de contraindre un prévenu à participer à une séance d'identification. Au nom de la Cour, le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef) s'est dit d'avis que «l'emploi de la force pour contraindre un prévenu ou un suspect à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues[51]», mais qu'«[à] cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est ... accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès[52]». Le juge Dickson cite ensuite un extrait de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Dallison* v. *Caffery*[53], où Lord Denning déclarait : [TRADUCTION] «Lorsqu'un agent de la paix a appréhendé une personne raisonnablement suspecte d'un crime, il peut faire ce qui est raisonnable pour procéder à l'enquête et pour voir si les soupçons sont confirmés ou non par d'autres éléments de preuve».

On peut se demander si, d'après les règles du common law, la police est autorisée à prendre par la force les empreintes digitales de personnes en état d'arrestation, dans les cas non prévus dans la *Loi sur l'identification des criminels*[54]. Les tribunaux canadiens

---

45. Voir, cependant, *Re Laporte and The Queen*, (1972) 8 C.C.C. 343 (B.R. Qué.), dans cette affaire relative aux fouilles, perquisitions et saisies, le tribunal a refusé la délivrance d'un mandat qui aurait autorisé une intervention chirurgicale visant à extraire une balle du corps de l'accusé.

46. Voir A. E. Popple, «Practice Note» relative à l'affaire *R.* v. *Moore* (1961), 36 C.R. 243, p. 243. Voir aussi J. H. Buzzard, R. May et M. N. Howard, *Phipson on Evidence*, 13e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1982, p. 10.

47. Voir, par exemple, *R.* v. *Shaw*, [1965] 1 C.C.C. 130 (C.A. C.-B.).

48. *Ibid.*

49. Voir Indian Law Institute, *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused*, Bombay, Tripathi, 1963, p. 12-13. Dans certains cas, il peut s'avérer difficile de déterminer si le comportement est actif ou passif en ce sens. Voir L. House, «Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence» (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353, p. 358.

50. *Supra*, note 39.

51. *Id.*, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.).

52. *Ibid.* Voir aussi *Adair* v. *M'Garry*; *Byrne* v. *H.M. Advocate*, [1933] J.C. 72, opinion de Lord Morison, p. 89.

53. [1964] 2 All E.R. 610 (C.A.), p. 617.

54. *Supra*, note 34.

ont étudié cette question à plusieurs reprises[55] et y ont répondu de façon contradictoire; aucune décision définitive n'a encore été rendue[56]. Selon une certaine jurisprudence étrangère, le common law ne confère pas le pouvoir de photographier les suspects au moment de leur arrestation[57]. Cependant, comme le souligne en Angleterre la Royal Commission on Criminal Procedure, il faut faire une distinction entre la photographie et la prise d'empreintes digitales : la première ne nécessite pas forcément un contact physique avec le sujet. Aussi est-il difficile de trouver des décisions où les tribunaux anglais auraient décidé qu'il est illégal de prendre, sans autorisation, des photographies de suspects (à savoir, que cela constitue des voies de fait)[58].

Par ailleurs, même l'existence de dispositions législatives régissant certaines techniques d'investigation n'est pas un gage de clarté juridique. L'examen psychiatrique, par exemple, est implicitement (mais non explicitement) autorisé à l'égard de certaines personnes inculpées ou déclarées coupables d'infractions pénales (actes criminels et infractions punissables par procédure sommaire) en vertu de diverses dispositions du *Code criminel*[59]. Dans le cas, cependant, d'une personne qui a fait l'objet d'une ordonnance aux fins d'«observation», ces dispositions ne disent pas clairement à quels examens les «observateurs» peuvent se livrer, ni dans quelle mesure le prévenu est obligé de collaborer à ces examens[60].

La Commission estime qu'il faut remédier à l'incohérence et à l'incertitude des règles régissant les techniques d'investigation visant la personne. Pour être équitable, et pour être perçue comme telle, la loi doit en effet présenter un caractère de cohérence. Et en ce qui concerne les limites des pouvoirs de la police, d'une part, et les obligations du suspect ou du prévenu, d'autre part, la certitude est essentielle à la définition précise des

---

55. Voir *R.* v. *Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (C.S.C.-B.); *R.* v. *Daniluk* (1944), 82 C.C.C. 264 (B.R. Man.); *R.* v. *Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365 (C.S.N.-B., Div. App.); *R.* v. *A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55 (C.A.C.-B.); *R.* v. *D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157 (C.S.Î.-P.-É., Div. App.); *Brown* v. *Baugh and Williams*, [1984] 1 R.C.S. 192, (1984) 11 C.C.C. (3d) 1.

56. Dans l'affaire *Brown* v. *Baugh and Williams*, *supra*, note 55, on a décidé que les dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels* autorisaient les policiers à prendre par la force les empreintes digitales d'un jeune qui était détenu par suite d'une inculpation portée en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3 (abrogée depuis lors), car l'infraction reprochée constituait également un acte criminel. À ce sujet, le juge Chouinard (les juges Dickson, Beetz et McIntyre souscrivant à cette opinion) déclarait, p. 203 (R.C.S.) : «Vu ma conclusion sur l'argument relatif à la loi, point n'est besoin d'exprimer une opinion sur l'argument relatif à la common law.» Voir L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales*, Londres, Butterworths, 1975, p. 199-203.

57. Voir *R.* v. *Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (H.C. Aust.), opinion du juge en chef Barwick, p. 334; *R.* v. *Hass*, [1972] 1 N.S.W.L.R. 589 (C.C.A.); *Adamson* v. *Martin*, [1916] J.C. 319.

58. The Royal Commission on Criminal Procedure, Sir C. Philips président, *The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure*, Cmnd. 8092-1, Londres, HMSO, 1981, par. 95, p. 34.

59. *Supra*, note 37. Voir, par exemple, l'alinéa 465(1)c), l'article 608.2 et les paragraphes 465(2), 543(2), 543(2.1), 691(1), 691(2), 738(5), 738(6).

60. Sur la première question, voir *Wilband* v. *The Queen*, [1967] R.C.S. 15, p. 19, [1967] 2 C.C.C. 6, p. 9; *Perras* c. *La Reine*, [1974] R.C.S. 657, p. 662, (1973) 11 C.C.C. (2d) 449, p. 451. Sur la seconde, voir *R.* v. *Sweetes (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245 (C.A. Ont.); *Re Chapelle and The Queen* (1980), 52 C.C.C. (2d) 32 (H.C. Ont.); *R.* v. *Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (C.A. Ont.); *R.* v. *McAmmond*, [1970] 1 C.C.C. 175 (C.A. Man.); *R.* v. *Johnston*, [1965] 3 C.C.C. 42 (C.A. Man.).

rapports entre l'État et l'individu. Pour la Commission, la cohérence et la certitude, en matière de techniques d'investigation visant la personne, constituent des éléments essentiels du principe de la légalité.

II. Le caractère archaïque des règles actuelles

Manifestement, la loi n'a pas évolué au même rythme que la science. Ainsi, on constate que certaines dispositions législatives existantes concernent des méthodes scientifiques tombées en désuétude[61]. Par exemple, le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* autorise toujours l'application par la force de la méthode d'investigation «appelée communément bertillonnage». Mise au point en France vers 1880, cette technique d'identification dépassée consistait dans l'établissement d'un signalement d'après diverses mesures : crâne, pieds, avant-bras, médius et auriculaire, oreilles. Elle fut utilisée aussi en Angleterre et dans d'autres pays européens pendant un certain temps mais, comme le signalait le juge Bouck dans l'affaire *R.* v. *A.N.*[62], [TRADUCTION] «les défauts de la méthode apparurent bientôt, de sorte que dans la plupart des pays, on adopta la dactyloscopie[63]». Alors que l'on reconnaît depuis longtemps le caractère dangereusement désuet du bertillonnage, celui-ci demeure paradoxalement l'une des seules techniques d'investigation dont l'usage soit approuvé par un texte de loi. Citons à cet égard cette remarque du juge d'appel O'Sullivan, tirée de l'arrêt *R.* v. *Medvedew* : [TRADUCTION] «[i]l est impensable qu'un expert puisse se voir autorisé à fonder son rapport sur la technique discréditée du bertillonnage[64]».

À l'inverse, le droit ne sanctionne pas de manière spécifique (à savoir, par des dispositions législatives) le recours à bon nombre de méthodes dont la validité est unanimement reconnue dans le domaine de la criminalistique. Citons notamment les techniques suivantes : étude des traces palmaires, plantaires et d'orteils, analyse des prélèvements de cheveux, de sang, de salive, et de divers résidus (par exemple, résidus de poudre laissés par des coups de feu), etc.

III. L'incidence de la Charte sur les techniques d'investigation applicables à la personne

L'importance de la primauté du droit est explicitement reconnue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*[65]. En outre, celle-ci énonce notamment certaines garanties fondamentales à l'égard des personnes soupçonnées ou inculpées d'une infraction

---

61. Autres exemples d'anachronismes : la référence à l'«imbécillité naturelle», au paragraphe 16(2) du *Code criminel*, ou la référence aux effets de la «lactation» à l'article 216.

62. *R.* v. *A.N.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 9 (C.S.C.-B.), p. 14. Ce jugement a par la suite été porté en appel, mais sur une autre question (voir, *supra*, note 55).

63. *Ibid.*

64. (1978), 6 C.R. (3d) 185 (C.A. Man.), p. 201.

65. Préambule de la Charte, *supra*, note 1. Voir également le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, appendice III.

criminelle. La jurisprudence relative à la Charte n'en étant qu'à son tout début, il est difficile de déterminer avec précision le champ légitime des techniques d'investigation visant la personne. Aussi la Commission pense-t-elle que le moment est propice à l'établissement d'un cadre général, destiné à régir leur utilisation et conforme à l'esprit de la Charte ainsi qu'aux limites fixées, d'après nous, par celle-ci. Bien sûr, les décisions finales à cet égard ne relèvent pas de la Commission. Les techniques dont l'utilisation est sanctionnée par le présent rapport devront de toute façon (et peu importe notre opinion) être appliquées en conformité avec l'interprétation donnée par les tribunaux aux critères institués par la Charte.

CHAPITRE DEUX

La réglementation législative des techniques d'investigation applicables à la personne : lignes directrices et points à considérer

Dans les pages qui précèdent, nous avons énuméré les raisons qui ont incité la Commission à examiner le droit relatif aux techniques d'investigation visant la personne, et nous avons décrit dans leurs grandes lignes les principes sur lesquels nous nous sommes fondés pour élaborer le régime proposé. Il convient donc maintenant d'exposer les points qu'il importe de considérer dans toute codification globale et cohérente du recours à ces techniques et les lignes directrices que notre étude nous a permis de dégager.

I. Les dispositions de la Charte

Les tribunaux peuvent écarter les éléments de preuve obtenus au moyen de techniques d'investigation dont l'emploi contrevient aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cela en vertu de l'article 24 de la Charte. Rappelons aussi — et c'est fondamental — que suivant le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[66], toute règle de droit incompatible avec les dispositions de la Charte est inopérante (sauf si le législateur a déclaré, comme l'autorise le paragraphe 33(1), que cette règle a effet indépendamment des dispositions de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la Charte).

Cinq aspects de la *Charte canadienne des droits et libertés* doivent faire l'objet d'une attention particulière en matière de techniques d'investigation visant la personne : a) le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même, b) la présomption d'innocence, c) le droit de chacun à la sécurité de sa personne, d) le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et enfin e) le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

A. Le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même

Il faut tout d'abord se demander si le fait d'être tenu de soumettre sa personne à l'application de diverses techniques d'investigation est susceptible de constituer une atteinte

66. *Supra*, note 1.

au droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même. Sur le strict plan légal, nous croyons qu'il faut répondre à cette question par la négative. Dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, seuls l'alinéa 11c) et l'article 13 portent spécifiquement sur cette garantie. Le premier dispose que «[t]out inculpé a le droit ... de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche», tandis qu'aux termes du second, «[c]hacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires». Si, par ailleurs, l'alinéa 2*d*) de la *Déclaration canadienne des droits* énonce notamment, en termes plus généraux, que «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme ... autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse ... la protection contre son propre témoignage[67]», il ne fait aucun doute, d'après la jurisprudence, qu'en réalité cette disposition n'a pas une portée plus large que celle de l'article 13 de la Charte. Les tribunaux ont en effet déclaré à maintes reprises que le recours à des techniques d'investigation avant le procès n'est pas visé par l'interdiction énoncée à l'alinéa 2*d*). Ainsi, dans l'arrêt *Curr* c. *La Reine*[68], la Cour suprême du Canada devait notamment se prononcer sur l'applicabilité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'alcootest (les actuels articles 235 et 237) au regard de l'alinéa 2*d*) de la Déclaration. Le juge Laskin (il n'était pas encore juge en chef), dans une décision à laquelle ont souscrit la majorité de ses collègues[69], déclare que «l'extorsion d'un échantillon d'haleine, en l'absence de toute protection pour la personne en question contre l'utilisation de cet échantillon comme preuve contre lui, ne va pas à l'encontre de la garantie relative à son propre témoignage, telle qu'elle est exprimée à l'alinéa *d*) de l'art. 2[70]». Pour le juge Laskin, l'alinéa 2*d*) a simplement pour effet de «rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser *devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve*, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui[71]». Le juge Ritchie, auteur d'une opinion distincte, est lui aussi d'avis que la protection instituée à l'alinéa 2*d*) vise les déclarations incriminantes, et non « ‹les conditions incriminantes du corps›, telles que la proportion d'alcool dans l'haleine ou dans le sang[72]».

Dans l'arrêt *R.* v. *Devison*[73], la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (division d'appel), s'appuyant sur l'opinion des juges Laskin et Ritchie, a conclu que l'alinéa 2*d*) ne s'applique pas à l'égard des prélèvements de sang. Et suivant l'arrêt *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[74] (décision unanime de la Cour suprême du Canada), cet alinéa ne s'applique pas non plus aux parades d'identification. Enfin, dans l'affaire *R.* v. *Sweeney*

---

67. *Supra*, note 65.
68. [1972] R.C.S. 889, (1972) 7 C.C.C. (2d) 181.
69. Les juges Abbott, Hall, Spence et Pigeon souscrivent à l'opinion du juge Laskin.
70. *Supra*, note 68, p. 906 (R.C.S.), p. 197 (C.C.C.).
71. *Id.*, p. 912 (R.C.S.), p. 201 (C.C.C.) [C'est nous qui soulignons]
72. *Id.*, p. 917 (R.C.S.), p. 186 (C.C.C.).
73. (1974), 21 C.C.C. (2d) 225 (C.S. N.-É., Div. App.).
74. *Supra*, note 39.

(No. 2)[75], la Cour d'appel de l'Ontario a étudié l'incidence de l'alinéa 2*d*) sur les examens psychiatriques préalables au procès. Au nom de la Cour, le juge d'appel Zuber a reconnu que [TRADUCTION] «l'examen psychiatrique ou psychologique n'appartient pas, à première vue, à la catégorie des techniques qui font du prévenu une source de preuves matérielles[76]» et que «[l]'examen mental a de toute évidence pour fonction de tirer d'un prévenu des réponses verbales qui influeront directement ou indirectement sur sa culpabilité[77]». Le juge Zuber était néanmoins d'avis que le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même consiste seulement dans [TRADUCTION] «le droit pour un témoin, dans les limites prévues à la *Loi sur la preuve au Canada* ..., de refuser de répondre à certaines questions si les réponses qu'il donne risquent de fournir des preuves contre lui, et le droit absolu, pour l'inculpé, de refuser de venir à la barre[78]».

Selon des décisions récentes, en outre, l'utilisation de techniques telles que le prélèvement d'échantillons d'haleine[79] en vertu des dispositions du *Code criminel* sur l'alcootest et la prise d'empreintes digitales[80] en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* ne contrevient pas à l'alinéa 11*c*) de la Charte.

Malgré tout, force est de reconnaître que le recours aux techniques d'investigation visant la personne est susceptible d'avoir de multiples et profondes conséquences sur le plan de la preuve. Dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques*[81], nous avons expliqué les nombreuses façons dont l'utilisation de ces techniques permet d'obtenir des renseignements qui pourront éventuellement servir à prouver la culpabilité d'un suspect ou d'un prévenu. Il ne fait donc aucun doute que, sur un plan général et non strictement «légal», la Commission attache beaucoup d'importance à la protection du droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même[82].

Quiconque a lu les travaux de la Commission dans le domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies sait qu'en principe, nous ne nous opposons pas à l'obtention, en tant que telle, d'éléments de preuve pertinents, fiables et objectifs auprès des prévenus et des suspects, lorsqu'elle est légitime et raisonnablement justifiée (même si elle suppose parfois le recours à la force dans une certaine mesure). Il est depuis longtemps permis de fouiller sommairement un suspect ou un prévenu au moment de son arrestation en vue de chercher sur lui des éléments de preuve, si cela ne comporte pas de risques exagérés. Partant, nous voyons mal comment le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même pourrait être invoqué pour interdire le recours à des techniques d'investigation

---

75. *Supra*, note 60.
76. *Id.*, p. 250-251.
77. *Id.*, p. 251.
78. *Id.*, p. 250.
79. Voir *R.* v. *Altseimer* (1982), 29 C.R. (3d) 276 (C.A. Ont.); *R.* v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C. prov. C.-B.); *R.* v. *MacDonald* (1982), 1 C.C.C. (3d) 385 (C. comté Ont.); *R.* v. *Stasiuk* (1982), 16 M.V.R. 202 (C. prov. Ont.).
80. Voir *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430, [1982] J.E. 1020 (C.S. Qué.); *Re D.D.F.* (1984), 12 W.C.B. 152 (C. prov. Ont.).
81. *Supra*, note 7, p. 23-46.
82. Voir Ratushny, *supra*, note 4, p. 96.

plus sophistiquées. Mais, d'un autre côté, la Commission croit fermement que si l'on reconnaît l'importance de valeurs telles que la protection de la vie privée, la dignité humaine, la sûreté individuelle, on est forcé de restreindre le recours aux diverses techniques de la criminalistique, afin de veiller à ce qu'elles soient utilisées de la manière la plus équitable et la plus sûre possible, sans porter inutilement atteinte aux droits du sujet. Et fidèle aux principes énoncés en ce qui a trait au «droit de garder le silence» dans son document de travail[83] et son rapport[84] intitulés *L'interrogatoire des suspects*, la Commission estime que, d'une manière générale, aucun suspect ni prévenu ne devrait être obligé de quelque façon que ce soit de subir l'application d'une technique d'investigation qui (à l'instar d'une déclaration préalable au procès), nécessite sa participation *active* ou suppose (comme le fait de témoigner devant le tribunal) des réponses «sincères» ou authentiques de sa part (voir les recommandations 3 et 4). Nous pensons notamment aux examens psychiatriques et psychologiques, aux épreuves physiques visant à déterminer l'état d'ébriété ou l'absorption de stupéfiants, à l'obtention d'échantillons de l'écriture ou de la voix, à l'utilisation du polygraphe[85]. L'évolution de notre système de justice pénale est caractérisée par la distance entre l'État et la subjectivité du prévenu. Or, selon la Commission, la défiance générale à l'égard des preuves découlant de la participation obligatoire du prévenu (active ou sincère) est essentielle au maintien de cette distance.

B. La présomption d'innocence

L'alinéa 11*d*) de la Charte, qui est semblable à l'alinéa 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, dispose que «[t]out inculpé a le droit ... d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». L'expression «présomption d'innocence», au sens qu'on lui donne le plus souvent, signifie tout simplement que dans tout procès pénal, il incombe à l'accusation d'établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'inculpé[86]. C'est ainsi que suivant des décisions récentes, l'utilisation de techniques telles que le prélèvement d'échantillons d'haleine[87] en vertu des dispositions du

83. Commission de réforme du droit du Canada, *L'interrogatoire des suspects* [Document de travail 32], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

84. *Supra*, note 2.

85. L'utilisation de l'alcootest, en vue de déceler et de mesurer l'imprégn[illegible] appartiendrait à la catégorie des techniques à «participation active»; toutefois, pour les rai[illegible] dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques* (*supra*, note 7) et dans notre rapport intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* [Rapport 21], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, nous sommes d'avis que l'utilisation de l'alcootest dans le contexte des infractions relatives à la conduite des véhicules devrait constituer une exception à la règle générale. Selon nous, le fait d'entreprendre volontairement un acte présentant des risques, comme celui de conduire un véhicule, devrait être considéré comme une renonciation implicite au droit de n'être tenu de se soumettre à aucune technique d'investigation supposant une participation active du sujet. Autrement dit, la participation active à l'application de certaines techniques d'investigation (dans des conditions bien définies) devrait être considérée comme la contrepartie du droit de conduire un véhicule avec les risques que cette activité suppose.

86. Voir Ratushny, *supra*, note 4, p. 185. Sir R. Cross, *Evidence*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1979, p. 122. *Code criminel*, *supra*, note 37, art. 5.

87. Voir *R. v. Holman*, *supra*, note 79.

Code sur l'alcootest et la prise d'empreintes digitales[88] en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* ne contrevient pas en soi à l'alinéa 11*d*) de la Charte. Soulignons toutefois que la présomption d'innocence pourrait malgré tout avoir une incidence sur la question de savoir si les citoyens sont tenus de se soumettre à l'application de certaines techniques d'investigation[89]. Ainsi, dans l'arrêt *Dumbell* v. *Roberts*[90], le juge Scott, de la Cour d'appel de l'Angleterre, s'est dit d'avis qu'en l'absence de dispositions législatives à ce sujet, la prise d'empreintes digitales, contre son gré, [TRADUCTION] «d'un prévenu qui n'a pas encore été déclaré coupable ni même cité à son procès est incompatible avec la règle du droit britannique voulant que chacun soit présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie». De même, dans l'arrêt *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[91], le juge Dickson (qui n'était pas encore juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, déclarait dans un *obiter dictum* que la preuve du refus d'un prévenu de participer à une séance d'identification est normalement irrecevable à son procès parce que sa réception risquerait d'«influer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence». Donc, la présomption d'innocence a d'une manière générale pour effet d'entraîner l'irrecevabilité de tels éléments de preuve. Mais les propos du juge Dickson semblent aussi laisser supposer que l'existence de cette présomption interdit en principe d'obliger un suspect ou un prévenu à se soumettre, avant le procès, à l'application de techniques d'investigation[92]. Si c'est bien le cas, il est permis de penser que les autorités ne peuvent obliger les citoyens à se soumettre à l'utilisation de telles techniques (du moins en ce qui concerne ceux qui ont été inculpés d'une infraction) que s'il s'agit d'une restriction «raisonnable» de la présomption d'innocence garantie à l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique[93]». Et même si telle n'était pas l'interprétation éventuellement donnée par les tribunaux aux dispositions de la Charte relatives à la présomption d'innocence, nous croyons que l'application de ce critère s'impose à l'égard de toute dérogation au principe voulant que les citoyens ne soient pas tenus de prêter leur concours à l'utilisation de techniques d'investigation avant le procès. Dans le système accusatoire, l'accusation est tenue d'établir la culpabilité de l'inculpé sans contraindre celui-ci à prêter son concours à aucune étape du processus pénal. Comme on l'a souligné dans un document de recherche intitulé *Communication*

---

88. Voir *R.* v. *McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (H.C. Ont.); *R.* v. *Glass* (1982), 9 W.C.B. 164 (C. prov. C.-B.); *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80; *R.* v. *Higgins* (1983), 9 W.C.B. 352 (B.R. Sask.).

89. Voir *Bell* v. *Wolfish* (1979), 99 S. Ct. 1861 (C.S. É.-U.), p. 1896-1897, n. 11, où le juge Stevens, dissident (le juge Brennan souscrivant à cette opinion) faisait observer qu'aux États-Unis, la présomption d'innocence a été [TRADUCTION] «invoquée ... pour justifier la protection d'une personne qui attend son procès contre les actes du gouvernement susceptibles de présenter un caractère oppressif», et que [TRADUCTION] «la présomption ... d'innocence ... a une incidence sur toutes les actions du gouvernement à l'égard de personnes non encore déclarées coupables».

90. [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), p. 330.

91. *Supra*, note 39, p. 774 (R.C.S.), p. 9-10 (C.C.C.). Voir également *R.* v. *Madden* (1977), 41 C.C.C. (2d) 413 (C. comté Ont.), p. 415.

92. Reste à savoir, cependant, si cette interprétation est conciliable avec l'opinion exprimée par le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef), *supra*, note 39, p. 771-772 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.), selon laquelle il n'y a aucun mal à exercer «une contrainte raisonnable» afin de forcer une personne qui a été arrêtée à participer à une séance d'identification.

93. *Supra*, note 1, article 1.

de la preuve en droit pénal[94], ce principe peut à tout le moins être considéré comme l'un des éléments de la présomption d'innocence, interprétée de façon large et libérale[95]. L'*esprit* de la Charte exige donc que les exceptions à cette règle générale satisfassent au critère énoncé à l'article 1. Nous nous sommes donc efforcés d'élaborer un régime qui soit fondé sur le principe de la modération ainsi que sur l'application rationnelle de critères relativement rigoureux quant à l'utilité des éléments de preuve recherchés. Dans le régime proposé, par exemple, l'obligation de se soumettre à l'application de techniques d'investigation ne peut exister que dans le cas d'infractions graves, et seulement lorsque cela est susceptible d'avoir une véritable utilité sur le plan judiciaire (voir les recommandations 4, 5, 6 et 8). L'utilisation de techniques dont la valeur s'avère douteuse, ou qui portent exagérément atteinte aux droits du sujet est soit interdite, soit dépendante du consentement de ce dernier (voir les recommandations 2, 3 et 10). Sauf les situations d'urgence et les cas où l'on est fondé à croire que la prise d'empreintes digitales ou de photographies est nécessaire à l'identification, nul n'est tenu de se soumettre à des techniques d'investigation visant la personne sans qu'une ordonnance judiciaire n'ait au préalable été rendue à cette fin (voir les recommandations 3, 5, 6 et 8). Voici d'autres conditions imposées par le régime proposé : il faut informer les citoyens des raisons pour lesquelles on se propose de recourir à des techniques d'investigation et leur dire s'ils sont ou non tenus par la loi de s'y soumettre (voir la recommandation 9); il convient de veiller à ce que l'intimité des sujets soit préservée autant que le permet la nature des techniques utilisées (voir la recommandation 11); l'application de toute technique doit être confiée à une personne qualifiée (voir la recommandation 12); enfin, l'application doit dans tous les cas se faire de manière à incommoder le sujet le moins possible, eu égard aux circonstances et à la nature de la technique utilisée (voir la recommandation 13).

La mise en œuvre du régime que nous proposons aurait sans doute pour effet de restreindre les pouvoirs de la police dans certains domaines, et de les accroître à d'autres égards. Dans la mesure où les pouvoirs d'investigation se trouveraient accrus (tout au moins en nombre), on pourrait soutenir, au nom de la théorie utilitaire, qu'il est nécessaire de prouver empiriquement combien de poursuites pénales échouent à l'heure actuelle à cause de l'absence de tels pouvoirs[96]. À notre avis, toutefois, le fait d'étendre à ce point la portée de la théorie utilitaire susciterait certains problèmes, tant sur le plan pratique que sur celui de la logique. Tout d'abord, il serait alors nécessaire de prouver ce qui est l'évidence même, à savoir que le recours à des techniques d'investigation facilite la recherche du crime, la preuve et les poursuites. Deuxièmement, il faudrait en conclure que les problèmes complexes d'ordre moral et juridique qui se posent dans ce domaine peuvent être résolus par l'analyse statistique, d'où la tâche impossible de présenter des

---

94. Commission de réforme du droit du Canada, *Communication de la preuve en droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 37.

95. Cette conception de la présomption d'innocence est partagée, dans le contexte bien précis des techniques d'investigation applicables à la personne, par P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 2e éd., Toronto, Canada Law Book, 1984, p. 953. Ratushny (*supra*, note 4, p. 185) a toutefois souligné que l'absence générale d'obligation à cet égard avant le procès découle peut-être d'une façon plus directe du principe de la légalité.

96. Voir J. Hannan, «New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification», [1980] 4 *Crim. L.J.* 210, p. 214.

données justifiant en elles mêmes l'utilisation de telle ou telle méthode d'investigation. (À combien de condamnations pour des infractions graves l'utilisation d'une technique particulière devrait-elle donner lieu, par année, pour que l'application soit légitimée? Une? Cent? Mille?) Troisièmement, l'accent mis sur l'augmentation du *nombre* de pouvoirs d'enquête conférés à la police ferait passer au second plan une question plus importante, soit la *nature* des techniques envisagées, ainsi que leur caractère attentatoire relatif, au regard de celui des pratiques actuellement autorisées par la loi (par exemple en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies). Quatrièmement, cette insistance sur la théorie utilitaire impliquerait également que si, jusqu'à l'heure actuelle, la police n'a pas eu tellement de mal à recourir aux techniques d'investigation susceptibles de lui fournir les éléments de preuve nécessaires à la condamnation des criminels, il faut en conclure que les règles en vigueur sont satisfaisantes. Or, tenir un pareil raisonnement serait oublier que pour les tribunaux, la manière dont une preuve a été obtenue importe peu : selon la jurisprudence actuelle, elle sera jugée recevable dès lors qu'elle est fiable et pertinente.

D'après la Commission, il s'agit en réalité d'un problème théorique, et non d'une simple question de statistiques. En outre, comme nous l'avons souligné dans notre récent rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*[97], nous ne croyons pas que le but primordial de la réforme du droit consiste à régler des problèmes précis. Une telle conception équivaudrait en effet à considérer — à tort — le statu quo comme fondamentalement acceptable, et à oublier que la réforme vise essentiellement à une rationalisation fondamentale reposant sur l'élaboration de principes objectifs et acceptables.

C. La sécurité de la personne

L'article 7 de la Charte, semblable à l'alinéa 1*a*) de la *Déclaration canadienne des droits*, énonce ce qui suit : «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Par cette disposition, on a voulu implicitement reconnaître l'importance toute particulière que la culture canadienne a toujours attachée à l'intimité, à la dignité et à la sécurité de la personne sur le plan physique (et peut-être moral)[98]. Sans doute aussi faut-il en voir une preuve dans le fait que la Charte ne comporte aucune disposition garantissant explicitement le «droit à la jouissance de ses biens». Abstraction faite des dispositions pertinentes de la Charte et de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'y a qu'à considérer la quantité et la nature des garanties élaborées dans les domaines du droit pénal et de la responsabilité civile délictuelle pour constater l'importance attribuée à la sécurité de la personne en droit canadien[99]. Il est bien sûr trop tôt pour tenter de

---

97. *Supra*, note 2, p. 7.

98. Voir P. Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle», dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky (éds), *Charte canadienne des droits et libertés*, Toronto, Carswell, 1982, 327, p. 336-337, 345-348; M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, p. 250, 252-253.

99. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail 30], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, p. 20; le juge A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1982, p. 38-40.

prévoir quelle signification précise les tribunaux donneront à la protection instituée à l'article 7 de la Charte, pour savoir quelle est sa portée exacte. Il n'en a pas moins été reconnu dans au moins une décision récente que [TRADUCTION] «la notion de ‹sécurité de la personne› s'applique certainement à la protection des substances corporelles et embrasse l'intimité de la vie privée[100]». Il est sans doute plus difficile encore de deviner l'incidence précise des «principes de justice fondamentale» sur l'utilisation des techniques qui nous intéressent ici. Selon des jugements récents, ces principes ne sont violés ni par le prélèvement d'échantillons d'haleine[101] en vertu des dispositions du *Code* sur l'alcootest, ni par la prise d'empreintes digitales[102] en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*. Étant donné cependant que l'emploi de techniques d'investigation est par nature susceptible de porter atteinte aux droits du sujet, nous ne croyons pas qu'il faille automatiquement tenir le respect des principes de justice fondamentale pour acquis. D'après nous, c'est dans l'équité que réside le critère essentiel énoncé à l'article 7 (que ce se soit sur le plan du fond ou sur celui de la procédure). Or dans le domaine des techniques d'investigation applicables à la personne, l'équité suppose d'après nous que la technique utilisée réponde à un objectif légitime (voir les recommandations 5b), 6b) et 8), des mécanismes équitables soient établis au sujet de l'autorisation (voir les recommandations 3, 5, 6 et 8), l'atteinte aux droits individuels du sujet soit réduite au minimum (voir les recommandations 5c), 6d), 11 et 13), des garanties efficaces soient instaurées sur le plan de la procédure (voir les recommandations 9 à 13) et des limites soient établies quant aux types de techniques pouvant être appliquées (voir la recommandation 2).

D. Les fouilles, perquisitions et saisies abusives

L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'a pas d'équivalent manifeste dans la *Déclaration canadienne des droits*, dispose que : «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Pour ce qui a trait aux techniques d'investigation visant la personne, cette disposition n'est donc applicable, en principe, qu'à celles qui peuvent être considérées comme une forme de fouille, de perquisition ou de saisie. Seraient par exemple visées par l'article 8 de la Charte les méthodes ayant pour objet l'obtention de substances se trouvant dans le corps du suspect ou du prévenu[103]. Il est toutefois moins certain que cette disposition s'applique aux techniques ne visant pas à l'obtention de «choses tangibles»[104]. D'après certaines décisions récentes, en effet, le simple fait de prendre les empreintes digitales[105] d'un prévenu en

100. *R. v. Dyment* (1984), 12 C.C.C. (3d) 531 (C.S. Î.-P.-É.), p. 534.

101. Voir *R. v. Holman*, *supra*, note 79. Voir également *Curr c. La Reine*, *supra*, note 68.

102. Voir *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80.

103. Voir F. Chevrette, «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éds), *supra*, note 98, 367, p. 371.

104. *Ibid.*

105. Voir *R. v. Glass*, *R. v. McGregor*, *R. v. Higgins*, *supra*, note 88.

vertu des dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels*, ou de prélever des échantillons d'haleine[106] en s'autorisant des dispositions du *Code criminel* sur l'alcootest, ne constitue pas une violation de l'article 8.

Il est encore trop tôt pour apprécier toute l'incidence de l'article 8 de la Charte sur le recours aux techniques d'investigation visant la personne[107], mais nous pensons que la façon dont a été interprété aux États-Unis le quatrième amendement, peut nous apporter certains enseignements à cet égard. Après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes, nous sommes convaincus que pour garantir le caractère raisonnable du recours à une technique d'investigation, il est essentiel de tenir compte d'au moins cinq éléments : (1) la gravité de l'infraction sur laquelle porte l'enquête (voir les recommandations 5a) et 6a)); (2) les motifs et le fondement juridique de l'emploi de la technique d'investigation (voir les recommandations 3, 5b), 5c), 6b), 6c) et 6d)); (3) la manière dont celle-ci est appliquée (voir les recommandations 11 à 13); (4) le caractère attentatoire inhérent à la technique utilisée [certaines techniques extrêmement attentatoires peuvent être tenues pour abusives en soi et, partant, injustifiées dans tous les cas (voir la recommandation 2); d'autres peuvent n'être justifiables que si le sujet consent à leur utilisation (voir la recommandation 3a))]; enfin (5) l'éventuelle valeur probante de la technique d'investigation (voir les recommandations 4, 5b) et 6b))[108]. C'est pourquoi nous avons conçu un régime fondé sur ces critères. Nous avons en outre de fortes raisons de croire que la doctrine et la jurisprudence américaines auront une profonde influence sur la manière dont sera interprétée, chez nous, l'expression «fouilles, perquisitions ou saisies abusives». La Cour suprême du Canada n'a-t-elle pas récemment, dans l'arrêt *Hunter* c. *Southam Inc.*[109], attaché beaucoup d'importance au fait que le juge Stewart, dans l'affaire *Katz* v. *United States*[110], ait décidé que les perquisitions sans mandat devaient être présumées abusives au regard du quatrième amendement? Après avoir déclaré : «je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie[111]», le juge Dickson (les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson souscrivant à cette opinion) a ajouté : «je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge

106 Voir *R.* v. *Holman*, *supra*, note 79. Cependant, voir *R.* v. *Giesbrecht* (1984), 12 W.C.B. 331 (C. prov. Man.).

107 Voir *R.* v. *DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (C.S. Div. prem. inst.); *R.* v. *Dyment*, *supra*, note 100; *R.* v. *Meikle*, non publié, le 29 avril 1983 (C. comté Ont.); *R.* v. *McCready* (1982), 9 W.C.B. 109 (C. prov. C.-B.); *R.* v. *Alderton* (1984), 12 W.C.B. 168 (C. comté Ont.); *R.* v. *Morton* (1984), 12 W.C.B. 321 (C. comté Ont.); *R.* v. *Tompson* (1984), 12 W.C.B. 414 (C. prov. C.-B.); *R.* v. *Pohoretsky* (1984), 12 W.C.B. 369 (C. comté Man.); *R.* v. *Truchanek*, *supra*, note 43; *R.* v. *Simmons* (1984), 39 C.R. (3d) 223 (C.A. Ont.); *R.* v. *Myers* (1984), 14 C.C.C. (3d) 82 (C.S. I.P.-E., Div. App.).

108 Pour une étude de la jurisprudence américaine relative aux techniques d'investigation applicables à la personne dans ce contexte, voir J. W. Hall Jr., *Search and Seizure*, Rochester, N.Y., Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982, p. 505-529 (et le supplément de 1984). Voir également Chevrette, *supra*, note 103, p. 376.

109 [1984] 2 R.C.S. 145, (1984) 14 C.C.C. (3d) 97.

110 (1967), 398 U.S. 347 (C.S. E.-U.).

111 *Supra*, note 109, p. 161 (R.C.S.), p. 109 (C.C.C.).

Stewart qui s'applique pareillement au concept du «caractère abusif» que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif[112]».

E. Les traitements cruels et inusités

Suivant l'article 12 de la Charte, «[c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités». De la même façon, l'alinéa 2*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* énonce que «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme ... infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Aucune décision définitive n'a encore été rendue sur le sens de l'expression «traitements ou peines cruels et inusités» employée dans la Charte. Bien que d'après une décision récente, elle ne vise pas la prise d'empreintes digitales[113], on ne peut écarter la possibilité que les dispositions de l'article 12 soient invoquées à l'égard de techniques d'investigation d'un caractère extrêmement attentatoire.

Selon la Commission, l'esprit des articles 12 et 1 de la Charte exige que les techniques d'investigation applicables à la personne soient conformes à des critères fondamentaux et reconnus en matière de décence (voir les recommandations 4 et 11), ne présentent pas un caractère plus attentatoire que cela n'est nécessaire pour les fins visées (voir les recommandations 5c), 6d) et 13) et ne présentent pas un caractère attentatoire disproportionné à la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête (voir les recommandations 4, 5a), 6a) et 8).

II. Les techniques autorisées

L'élaboration de dispositions législatives destinées à régir l'application des techniques d'investigation visant la personne supposait que nous nous demandions si certaines d'entre elles ne devraient pas être spécifiquement interdites parce qu'en soi, elles «empi[ètent] de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes[114]». Après avoir examiné les diverses techniques dont il est question ci-dessus ainsi que les problèmes qu'elles peuvent soulever sur le plan juridique, nous sommes arrivés à la conclusion que les techniques «susceptibles d'interdiction» se répartissent en deux catégories : (1) celles qui ne sont pas assez fiables du point de vue scientifique; et (2) celles qui, par nature, revêtent un caractère trop attentatoire pour pouvoir être utilisées dans le cadre d'enquêtes criminelles (c'est-à-dire les techniques qui seraient intrinsèquement abusives si elles étaient employées sans le consentement du sujet et dans le seul but de faire progresser

112. *Id.*, p. 161 (R.C.S.), p. 109-110 (C.C.C.).

113. Voir *R.* v. *McGregor*, *supra*, note 88.

114. Gouvernement du Canada, *supra*, note 15, p. 62.

une enquête et celles à l'égard desquelles tout consentement serait déraisonnable, si elles n'étaient pas indiquées sur le plan thérapeutique). Cela dit, il reste ensuite à déterminer précisément quelles techniques devraient être rangées dans l'une ou l'autre de ces catégories. Une telle classification est très difficile à établir et nous risquons d'inclure ou d'omettre par erreur certaines techniques. Il nous paraît cependant essentiel de prendre des mesures propres à dissuader la police de recourir à des techniques qui portent exagérément atteinte aux droits individuels et dont l'utilisation en vue d'obtenir des éléments de preuve ne nous paraît pas justifiée. Mais plutôt que de tenter de définir les limites des techniques d'investigation visant la personne en permettant l'application par la force de certaines d'entre elles tout en interdisant carrément l'utilisation de certaines autres, nous préférons énumérer les techniques à l'utilisation desquelles les suspects et les prévenus devraient dans certaines circonstances être tenus de se soumettre (voir les recommandations 4, 5, 6 et 8), énumérer les techniques qui ne devraient en aucun cas être employées dans le cadre d'une enquête (voir la recommandation 2) et recommander que certaines techniques ne puissent être utilisées qu'avec le consentement du sujet (voir la recommandation 3a)).

Pour déterminer quelles sont les techniques d'investigation auxquelles les citoyens devraient pouvoir être tenus de se soumettre, nous nous sommes fondés notamment sur deux critères importants : (1) leur éventuelle force probante et (2) leur caractère attentatoire inhérent (soit la mesure dans laquelle leur utilisation porte atteinte à l'intégrité mentale ou physique du sujet, à l'intimité de sa vie privée, à sa dignité ou à sa sécurité). Selon la Commission, personne ne devrait d'une manière générale être forcé de se soumettre à l'application d'une technique d'investigation à moins que celle-ci ne soit susceptible de fournir des éléments de preuve pouvant s'avérer utiles au moment du procès. La force probante des indices recueillis dépend bien sûr dans une large mesure des circonstances de chaque affaire[115], mais nous croyons néanmoins qu'une technique ne devrait être considérée comme acceptable que si sa validité est d'une manière générale reconnue dans les milieux compétents[116]. Comme nous l'avons vu, les diverses techniques d'investigation applicables à la personne ne présentent pas toutes le même intérêt sur le plan de la preuve et ne sont pas toutes attentatoires au même degré aux droits du sujet. Aussi la Commission estime-t-elle que personne ne devrait être tenu de se soumettre à l'application d'une technique d'investigation dont l'éventuelle valeur probante est moins grande que son caractère attentatoire.

---

115. Dans certains cas, par exemple, les empreintes digitales permettent une identification certaine. Cependant (comme toute autre preuve circonstancielle), cette preuve est parfois susceptible d'être écartée. Voir McWilliams, *supra*, note 95, p. 70-90. Du reste, la preuve par empreinte digitale, si elle ne peut permettre d'établir l'identité du délinquant, peut venir confirmer d'autres preuves relatives à cette question. Voir, par exemple, *R.* v. *La Rochelle* (1952), 104 C.C.C. 349 (C.S. N.-É.).

116. Voir *Frye* v. *United States* (1923), 293 F. 1013 (D.C. Cir.), p. 1014; *R.* v. *Medvedew*, *supra*, note 64, p. 200.

III. Les motifs justifiant le recours à des techniques d'investigation applicables à la personne et l'autorisation judiciaire

La Commission croit que, le cas du consentement mis à part, le recours aux techniques d'investigation faisant l'objet du présent rapport ne devrait pas en principe pouvoir être autorisé sans que le sujet ait été arrêté ou inculpé d'une infraction (voir les recommandations 3a), 5a), 6a) et 8). Certains pourront craindre que la police soit alors tentée d'abuser de ses pouvoirs d'arrestation et d'inculpation[117]. Mais comme l'application de ces techniques est susceptible de porter atteinte aux droits individuels, la Commission estime que les soupçons requis pour arrêter ou inculper une personne constituent une garantie essentielle contre les atteintes injustifiées à la liberté et à la sûreté individuelles[118]. En effet, ce n'est certes pas en autorisant l'application de techniques d'investigation à des personnes qui n'ont été ni arrêtées ni inculpées que l'on protégera les suspects contre le zèle excessif de certains enquêteurs de la police. Au contraire, cela contribuerait peut-être à accroître les risques de harcèlement abusif des citoyens de la part des policiers[119].

Étant donné que toutes les techniques d'investigation applicables à la personne supposent, à des degrés divers, une atteinte à l'intégrité physique ou mentale du sujet, nous croyons également que, abstraction faite du cas du consentement (voir la recommandation 3a)), leur utilisation ne devrait être autorisée que dans le cadre d'enquêtes sur des infractions graves (c'est-à-dire qu'elles devraient être appliquées avec *modération*; voir les recommandations 5a), 6a) et 8) et que l'existence de motifs raisonnables (savoir, un dessein légitime) devrait logiquement constituer une condition préalable minimale à l'application d'une de ces techniques (voir les recommandations 5b), 6b) et 8). En outre, pour être considérés comme raisonnables ou légitimes, les motifs doivent en principe être appréciés au regard d'un critère plus rigoureux que, par exemple, dans le cas où il s'agit d'une atteinte de l'État au droit de propriété d'un individu. Citons à ce propos les observations du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter* c. *Southam Inc.*[120] : «Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité». Et si le juge rappelle que «[l]'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi[121]», il souligne presque tout de suite après que «si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent[122]». Aussi la Commission estime-t-elle que l'application des critères de justification raisonnable et de modération exige, d'une manière générale, qu'il soit établi ou que l'on ait des motifs raisonnables

117. Voir New Zealand Criminal Law Reform Committee, *supra*, note 10, par. 27, p. 14.

118. *Id.*, Rapport des membres minoritaires, par. 3, p. 1-2.

119. *Id.*, Rapport des membres minoritaires, par. 7, p. 3.

120. *Supra*, note 109, p. 167-168 (R.C.S.), p. 114-115 (C.C.C.).

121. *Id.*, p. 168 (R.C.S.), p. 115 (C.C.C.).

122. *Ibid.*

de croire que la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction sur laquelle porte l'enquête (voir les recommandations 5b) et 6b)) et qu'il est impossible en pratique de recourir à une autre méthode, moins attentatoire aux droits du sujet, pour obtenir les éléments de preuve recherchés (voir les recommandations 5c) et 6d)).

La Commission est également d'avis que si l'on veut prévenir les atteintes injustifiées aux droits individuels, l'autorisation judiciaire devrait normalement être requise pour l'application de toute technique d'investigation sans le consentement du sujet (voir la recommandation 3b)). Comme le faisait en effet observer le juge Dickson dans l'arrêt *Southam*, la nécessité d'obtenir une autorisation préalable «impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier[123]». Cette exigence «est conforme à l'esprit apparent de la Charte qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence[124]». Avec le plus grand respect, nous souscrivons totalement à l'opinion du juge Dickson sur ce point. Nous devons cependant préciser que même si nous approuvons le principe de l'autorisation judiciaire préalable, nous ne croyons pas qu'il devrait s'agir là d'une règle absolue et immuable. En effet, comme les éléments de preuve fournis par certaines techniques d'investigation sont par nature fugaces ou destructibles, l'obtention d'une autorisation judiciaire risque selon nous de s'avérer impraticable dans certains cas. Aussi pensons-nous qu'une exception restreinte devrait être prévue à l'égard de ces situations particulières (voir la recommandation 6), à condition que des mécanismes soient mis sur pied en vue d'obliger les agents de la paix à rendre compte de leurs actes (voir la recommandation 7).

La Commission croit en outre — malgré sa préférence pour l'autorisation judiciaire préalable — qu'il y aurait lieu d'assouplir la rigueur de cette exigence à l'égard de certaines techniques d'investigation, lorsqu'elles ne sont utilisées qu'en vue de l'identification. Nous pensons en fait à la prise d'empreintes digitales et à la photographie. Ces techniques sont bien sûr souvent utiles pour établir un lien entre un suspect et une infraction précise et, dans un tel contexte, nous estimons que leur utilisation devrait effectivement être subordonnée à l'obtention d'une autorisation judiciaire. Mais elles peuvent également remplir une fonction beaucoup plus simple, consistant dans l'établissement de l'identité des personnes inculpées d'infractions pénales et dans la constitution de fichiers. Les empreintes digitales et les photographies constituent parfois des outils indispensables pour l'arrestation de fugitifs connus; les premières peuvent en outre faciliter l'application des diverses dispositions du *Code criminel* portant sur les condamnations antérieures et même parfois se révéler essentielles à cet égard[125]. Étant donné la fréquence des cas où il est nécessaire, avant de rendre une décision, d'établir l'identité d'une personne ou les éventuelles condamnations antérieures prononcées contre elle, il nous semble probable que l'obtention d'une autorisation judiciaire, si elle était obligatoire dans tous les cas, imposerait un fardeau trop lourd aux autorités ou alors risquerait de perdre toute signification.

---

123. *Id.*, p. 160 (R.C.S.), p. 109 (C.C.C.).

124. *Ibid.*

125. Voir *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80, p. 445. Parmi ces dispositions du *Code*, citons, par exemple, les alinéas 83(1*d*), 457.3(1*c*), 662.1(3*b*), le paragraphe 236(1) et les articles 536-538, 592-594, 740. Voir également l'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, modifiée.

À la lumière de ces considérations pratiques, et vu le caractère peu attentatoire de la prise d'empreintes digitales et de photographies par rapport aux autres techniques d'investigation applicables à la personne, nous sommes d'avis que l'autorisation judiciaire ne devrait pas être obligatoire lorsque ces méthodes sont utilisées à de simples fins d'identification (voir la recommandation 8).

IV. Les garanties

Pour atteindre les objectifs d'équité, de simplicité de la loi, de limitation des atteintes aux droits individuels et, en définitive, d'approbation de la part du public, il est indispensable d'instituer des garanties supplémentaires. Premièrement, il importe que seules des personnes qualifiées soient autorisées à soumettre des personnes à l'application de techniques d'investigation (voir la recommandation 12). Il s'agit en effet, non seulement de protéger la santé et la sécurité des sujets, mais aussi d'éviter qu'une méthode d'investigation soit utilisée d'une manière propre à amoindrir la valeur des éléments de preuve obtenus et à rendre ainsi totalement inutile l'utilisation de cette technique. Deuxièmement, il convient de protéger le mieux possible l'intimité du sujet, compte tenu de la nature de la technique utilisée (voir la recommandation 11). Troisièmement, toute méthode d'investigation devrait être appliquée de façon à incommoder le sujet le moins possible, selon la nature de la technique utilisée et selon les circonstances (voir la recommandation 13). Quatrièmement, il est indispensable que les personnes que l'on veut soumettre à l'application d'une technique d'investigation soient informées des raisons pour lesquelles on le leur demande et du fait que la loi les oblige ou non à s'y soumettre (voir la recommandation 9). Enfin, cinquièmement, dans les cas où le consentement est requis, il faut garantir la validité de celui-ci en veillant à ce que le sujet soit informé de la nature et du but de la technique dont l'utilisation est envisagée, de tout risque important pour sa santé ou sa sécurité, de son droit de consulter un avocat et enfin de son droit de refuser de donner son consentement et de le retirer en tout temps (voir la recommandation 10).

Les conclusions défavorables pouvant en certaines circonstances être tirées à l'égard d'un inculpé qui refuse de se soumettre à l'application de techniques d'investigation alors que la loi ne l'oblige pas à le faire, sont à l'heure actuelle l'objet de règles très complexes; il s'agit là d'un domaine où règne l'incertitude. Aussi sommes-nous conscients que toute mise en garde faite quant au droit de refuser de se soumettre à l'application de techniques à l'égard desquelles le consentement est nécessaire, risque d'être incomplète et trompeuse. C'est pourquoi nous avions exprimé l'avis, dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques*, qu'il serait peut-être préférable que l'avocat soit chargé d'informer son client à ce sujet. Mais après mûre réflexion, nous estimons maintenant que la meilleure solution consisterait à réviser, si cela s'avère nécessaire, les règles régissant les conclusions défavorables, plutôt que de mettre inutilement en péril la notion de consentement donné en toute connaissance de cause.

Les diverses garanties énumérées ci-dessus constituent selon nous les mesures les plus importantes et les plus efficaces en ce qui concerne la protection des droits individuels. Il serait possible d'en ajouter d'autres (présence d'un avocat, présence du médecin du

sujet, analyse par un laboratoire distinct et indépendant de toute substance prélevée sur le sujet) mais certaines considérations pratiques militent contre leur inclusion à titre de droits garantis, dans un régime à caractère législatif. En effet, si d'une part nous croyons que les personnes arrêtées ou détenues devraient continuer à jouir du droit conféré par l'alinéa 10*b*) de la Charte «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé[es] de ce droit», et si nous souhaitons la présence d'un avocat pendant l'application de la technique d'investigation, dans toute la mesure du possible, lorsque tel est le désir du sujet, nous craignons d'autre part que les avantages découlant de la reconnaissance légale d'un tel droit ne soient annihilés par les problèmes que risquerait manifestement de poser son application. La même difficulté se pose en ce qui concerne la présence du médecin. En supposant l'adoption de toutes les autres garanties que nous proposons, le droit du sujet à la présence de son avocat ou de son médecin ne nous semble du reste pas constituer une mesure essentielle.

Parfois, il peut être avantageux de faire analyser par un autre laboratoire les substances prélevées[126]. Mais l'institution dans la loi d'un droit de nature générale, plus étendu que ce qui est déjà prévu à l'article 533 du *Code criminel*[127], pose de nombreux problèmes pratiques. Dans bien des cas (si, par exemple, l'échantillon prélevé sous les ongles est infime, ou si l'élément de preuve recherché ne se trouve que dans une partie du prélèvement), il pourra s'avérer impossible de diviser l'échantillon en deux parties en vue d'analyses distinctes. Parfois aussi, cette précaution sera inutile (par exemple, dans le cas où des prélèvements de salive sont effectués en vue de vérifier si le donneur présente un caractère «sécréteur» et, dans l'affirmative, à quel groupe sanguin il appartient) : comme le caractère «sécréteur» et le type sanguin sont des traits permanents, le donneur pourra dans tous les cas faire effectuer d'autres analyses par la suite. Pour ces raisons, nous limiterons pour l'instant nos recommandations, en ce qui concerne l'accès aux éléments de preuve obtenus par l'application de techniques d'investigation visant la personne, à celles déjà présentées dans le récent rapport de la Commission intitulé *La communication de la preuve par la poursuite*[128]. Dans ce rapport, nous avions exprimé l'avis que le prévenu devrait avoir le droit «d'examiner toutes les pièces que le poursuivant a l'intention de produire et, si possible, d'en recevoir des copies[129]». Et comme nous le

---

126. Voir, par exemple, la recommandation faite par la Commission au sujet des prélèvements de sang dans le rapport intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules*, *supra*, note 85, p. 23.

127. Voici les dispositions de l'article 533 du *Code* :

> **533.** (1) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou une cour de juridiction criminelle peut, sur demande sommaire au nom de l'accusé ou du poursuivant, après un avis de trois jours donné à l'accusé ou au poursuivant, selon le cas, ordonner la communication de toute pièce aux fins d'épreuve ou d'examen scientifique ou autre, sous réserve des conditions estimées nécessaires ou opportunes pour assurer la protection de la pièce et sa conservation afin qu'elle serve au procès.
>
> (2) Quiconque omet de se conformer aux termes d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) est coupable d'outrage au tribunal et peut être traité sommairement par le juge ou le magistrat qui a rendu l'ordonnance ou devant qui, le procès du prévenu a lieu.

128. Commission de réforme du droit du Canada, *La communication de la preuve par la poursuite* [Rapport 22], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

129. *Id.*, p. 14.

soulignions aussi, «nos propositions permettraient à tout le moins à l'accusé d'avoir accès aux rapports faisant suite aux épreuves lorsque le poursuivant se propose de citer l'expert comme témoin[130]».

De toute évidence, les personnes qui se conforment aux règles régissant l'utilisation des techniques d'investigation et qui s'acquittent de leur tâche de façon compétente, ne devraient pas être exposées à quelque responsabilité juridique que ce soit. Toutefois, la Commission n'est pas encore arrivée à une formulation définitive de ce principe et, de toute façon, le problème dépasse les limites du présent rapport. En outre, la question de la responsabilité ne se pose pas uniquement dans le domaine des techniques d'investigation applicables à la personne. Aussi sera-t-elle approfondie dans le rapport de la Commission intitulé *La partie générale — Responsabilité et moyens de défense*.

Dans le même ordre d'idées, il convient aussi de se demander si les personnes qualifiées, les médecins par exemple, devraient avoir certaines obligations, en vertu de la loi, au regard de l'application de techniques d'investigation visant la personne. En premier lieu, la loi pourrait automatiquement obliger ces personnes, dans des circonstances définies, à appliquer certaines méthodes. De telles dispositions ont été adoptées dans au moins un pays du Commonwealth au sujet des prises de sang effectuées à la suite d'un accident de la route[131]. En deuxième lieu, ces personnes pourraient n'être tenues d'appliquer certaines techniques d'investigation que si un agent de la paix le leur ordonne spécifiquement (et, éventuellement, à la condition que cela ne comporte aucun risque pour la santé et la sécurité du sujet). Il s'agirait en réalité d'étendre la portée de l'alinéa 118*b*) du *Code criminel*, qui rend coupable d'une infraction quiconque «omet, sans excuse raisonnable, de prêter main-forte à un fonctionnaire public ou à un agent de la paix qui exécute son devoir en arrêtant quelqu'un ou en préservant la paix, après un avis raisonnable portant qu'il est requis de le faire». En troisième lieu — et c'est la solution que préconise la Commission — on pourrait décider de n'adopter aucune disposition législative obligeant dans certaines circonstances les médecins, ou toute autre personne qui n'est pas employée par l'Administration à cette fin précise, à appliquer quelque méthode d'investigation que ce soit. Cette solution est conforme à celle que nous avons retenue dans notre récent rapport intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules*[132]. À notre avis, répétons-le, ce serait porter inutilement atteinte aux droits individuels de simples citoyens que d'astreindre ces personnes à des obligations au regard des enquêtes effectuées en matière criminelle; dans certains cas, il s'agirait en outre d'une atteinte abusive aux liens particuliers qui existent entre le médecin et son patient. C'est pourquoi les dispositions législatives dont nous proposons l'adoption seraient forcément rédigées de manière à énoncer et à garantir clairement l'absence de toute obligation légale à cet égard.

---

130. *Id.*, p. 28.

131. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 7, p. 81.

132. *Supra*, note 85, p. 25.

V. Les conséquences des infractions aux règles de procédure

Pour garantir l'observation des règles de procédure relatives aux techniques d'investigation visant la personne, on peut recourir entre autres aux deux moyens suivants : (1) l'établissement de sanctions en cas d'infractions (par exemple, sanctions disciplinaires ou pénales); ou (2) l'exclusion de tout élément de preuve obtenu grâce à cette infraction. Comme nous l'avons souligné, il y a déjà un certain temps, dans notre rapport intitulé *La preuve*[133], nous croyons que l'exclusion des éléments de preuve constitue un bon moyen de «garantir l'intégrité du processus judiciaire». Et plus récemment, nous avons exprimé l'avis, dans le rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*[134], que ce mécanisme permet de contrôler efficacement l'exercice des pouvoirs d'enquête. Reste à savoir si, vu la règle d'exclusion maintenant énoncée à l'article 24 de la Charte, l'institution d'une règle particulière s'impose à l'égard des mécanismes que nous proposons en vue de la réglementation des techniques d'investigation applicables à la personne. Selon nous il convient de répondre à cette question par l'affirmative.

Force est d'admettre que toute contravention aux règles de procédure proposées (même aux plus importantes d'entre elles) ne constituerait pas nécessairement une violation des dispositions de la Charte. Si aucune règle distincte d'exclusion n'était énoncée, la règle posée dans l'arrêt *Wray*[135] risquerait donc d'être encore applicable dans certaines circonstances. Or, cela serait à notre avis absolument déplorable : il s'agirait en effet d'une entorse aux principes mêmes sur lesquels s'appuie le régime que nous proposons. Si ces principes doivent être considérés comme sérieux, si la primauté du droit n'est pas un vain mot, il nous semble que logiquement, l'État qui institue des règles minimales de procédure sur cette base ne devrait pas, d'une manière générale, être autorisé à tirer parti d'éventuelles contraventions à ces règles[136].

Nous estimons aussi que dans le domaine délicat des techniques d'investigation visant la personne, il convient, en ce qui concerne les atteintes aux droits individuels et la fiabilité des éléments de preuve, d'établir des garanties un peu plus rigoureuses que celles énoncées dans la Charte. Mais d'un autre côté, il nous semble important d'éviter que des éléments de preuve dignes de confiance risquent d'être automatiquement écartés pour des contraventions anodines, des manquements insignifiants aux formalités prescrites. Aussi croyons-nous que lorsque les autorités contreviennent à des règles de procédure en soumettant des citoyens à l'application de techniques d'investigation, les conséquences devraient dans une large mesure être déterminées par la nature et la gravité de la contravention. Pour toutes ces raisons, nous préconisons l'établissement d'une règle d'exclusion d'application restreinte (et non absolue) qui imposerait au poursuivant l'obligation de convaincre le tribunal que la réception des éléments de preuve obtenus en

---

133. Commission de réforme du droit du Canada, *La preuve* [Rapport 1], Ottawa, Information Canada, 1975, p. 69.

134. *Supra*, note 2.

135. *Supra*, note 24.

136. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *L'exclusion de la preuve illégalement obtenue* [Document préliminaire], Ottawa, Information Canada, 1974, p. 24-26.

violation des règles proposées ne risque pas de déconsidérer l'administration de la justice[137] (voir la recommandation 14). À notre avis, cette solution est absolument conforme aux principes fondamentaux de la Révision du droit pénal, formulés par le gouvernement du Canada dans *Le Droit pénal dans la société canadienne*. Selon ce document, c'est «en termes de présomption, d'une charge de la preuve[138]» que s'exprime «une approche plus pratique, une méthode susceptible de départager les opinions contradictoires à l'égard du point d'équilibre[139]» lorsqu'il est question de l'«équilibre entre les libertés individuelles et le souci de donner à l'État les pouvoirs lui permettant de prévenir et de réprimer le crime de façon efficace[140]».

Généralement parlant, c'est à notre avis une garantie minimale qu'énonce le paragraphe 24(2) de la Charte. En principe, l'existence de cette disposition n'interdit donc pas le recours à un critère différent, plus rigoureux lorsque cela s'avère socialement opportun. Du reste, il existe depuis longtemps des «règles d'exclusion» énoncées ailleurs que dans la Constitution[141]. La très ancienne notion du «secret professionnel de l'avocat», par exemple, interdit de façon distincte la divulgation devant le tribunal de renseignements pertinents lorsque cette valeur fondamentale est en cause[142]. Ayant fondé le régime proposé sur ce qui constitue à notre avis les principes fondamentaux de la société, nous tenons pour essentielle l'institution d'une règle d'exclusion spécifique : il s'agit de protéger des valeurs sociales qui transcendent le droit de l'État à rechercher la vérité.

VI. Les mécanismes visant à garantir la coopération du sujet

Quels moyens peut-on prendre pour forcer le sujet à se soumettre à l'application légitime d'une technique d'investigation? Essentiellement, trois mécanismes sont envisageables. Le premier consisterait à autoriser l'emploi de la force, dans une certaine mesure. Cette solution a déjà été retenue au Canada en ce qui a trait à certains types de méthodes d'investigation visant la personne. Le paragraphe 2(2) de la *Loi sur l'identification des criminels*, par exemple, dispose : «Il est permis d'employer la force nécessaire pour effectuer et appliquer utilement [les] mensurations, procédés et opérations» autorisés en vertu du paragraphe (1). Dans l'arrêt *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*, le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, a tranché de la façon suivante le point de savoir si un suspect ou un prévenu pouvait être contraint par la force à participer à une séance d'identification : «À cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est ... accessoire au pouvoir de la police de faire enquête

137. Voir Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 9, par. 298, p. 141.

138. *Supra*, note 15, p. 59.

139. *Ibid.*

140. *Id.*, p. 58.

141. Voir, en général, R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems*, Toronto, Carswell, 1984, chapitre 6.

142. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 136, p. 3-4; Delisle, *supra*, note 141, chapitre 6.

et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès[143]».

La deuxième façon de forcer le sujet à se soumettre à l'application d'une technique d'investigation consisterait à instituer une peine pour les cas d'abstention ou de refus. Ce moyen a lui aussi été utilisé dans une certaine mesure au Canada. Aux termes des paragraphes 234.1(2) et 235(2) du *Code criminel*, par exemple, commet une infraction à option de procédure quiconque refuse sans excuse raisonnable de donner l'échantillon d'haleine qu'un agent de la paix lui ordonne de fournir en vertu des paragraphes 234.1(1) ou 235(1), respectivement. Et d'après le paragraphe 240.1(2), le refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix en vertu du paragraphe 240.1(1) constitue une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Enfin, suivant les articles 133, 453.4 et 455.6 du *Code*, le fait de ne pas *comparaître* «aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*» peut constituer une infraction et donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrestation contre le prévenu relativement à l'infraction dont il est inculpé; cependant, la loi ne précise aucunement à quelles conséquences il s'expose en refusant de collaborer. La loi ne prévoit aucune peine spécifique pour le refus de coopérer avec les psychiatres ou les psychologues pendant les examens autorisés en vertu des dispositions du *Code criminel*. Lorsqu'un prévenu ne «se présente» pas «pour observation» alors qu'une ordonnance a été rendue à cet effet en vertu de l'une des dispositions pertinentes du *Code*, il pourrait sans doute être puni pour avoir désobéi à l'ordonnance. Mais s'il «se présente», il n'est pas certain qu'il soit exposé à des sanctions en cas de refus de se soumettre à l'application des techniques envisagées par les autorités; un tel refus pourrait cependant constituer l'infraction d'entrave à la justice. Aux termes de l'alinéa 118*a*) du *Code criminel*, quiconque «volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de son devoir ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas» est coupable d'une infraction à option de procédure.

Le troisième mécanisme envisageable consiste dans l'adoption de dispositions permettant au juge ou au jury, selon le cas, de tirer des conclusions défavorables du refus, de la part du prévenu, de participer à l'application d'une technique d'investigation. Ce moyen a lui aussi été employé au Canada au regard de certaines méthodes visant la personne. Citons par exemple les dispositions du paragraphe 237(3) du *Code criminel*, relatives à la conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie :

> (3) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234, la preuve que le prévenu, sans excuse raisonnable, a fait défaut ou refusé d'obtempérer à une sommation qui lui a été faite par un agent de la paix en vertu de l'article 234.1 ou du paragraphe 235(1), est admissible et le tribunal peut en tirer une conclusion défavorable à l'accusé.

L'article 240.3 du *Code criminel* rend cette disposition applicable aux procédures prévues par le paragraphe 240(4) (conduite d'un bateau pendant que la capacité de conduire est

143. *Supra*, note 39, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.).

affaiblie) et l'article 240.2 (fait de conduire ou d'utiliser un bateau lorsqu'on a plus de 80 mg d'alcool dans le sang).

Même s'il n'existait aucune disposition législative à cet égard, il ressort clairement de la jurisprudence que lorsqu'un prévenu ou un suspect refuse de se soumettre à l'application de certaines techniques d'investigation, il s'expose dans certains cas à ce que soient tirées des conclusions défavorables[144].

Si, comme nous le recommandons, les citoyens ne peuvent être tenus de se soumettre à l'application de techniques d'investigation que dans le cas d'infractions graves, il nous paraît évident que, parmi les moyens mentionnés ci-dessus, seul le recours à la force est susceptible de garantir le concours des sujets. D'après nous, en effet, le risque d'être condamné pour une infraction mineure ne pourrait vraisemblablement pas inciter un coupable à participer à l'application de techniques susceptibles d'établir un lien entre lui et la perpétration d'une infraction grave[145]. Le même argument est valable en ce qui concerne les risques de conclusions défavorables. D'ailleurs, lorsque le sujet refuse de se soumettre à l'application d'une technique d'investigation qui porte gravement atteinte à son intégrité personnelle, il serait sans doute injustifiable, sur le plan logique, que des conclusions défavorables puissent être tirées de ce refus. Pour toutes ces raisons, la Commission juge que les dispositions relatives à l'emploi de la force qui seront présentées dans son rapport intitulé *La partie générale — Responsabilité et moyens de défense* devraient s'appliquer dans le domaine des techniques d'investigation visant la personne. Les recommandations faites dans le présent rapport ne comportent donc pas de dispositions spécifiques sur cette question.

Nous n'avons pas encore déterminé la formulation précise des recommandations que nous ferons à ce sujet. Mais une chose est claire : il importe de poser des restrictions très rigoureuses quant à l'emploi de la force dans le domaine des techniques d'investigation. Comme le montrent les dispositions provisoires figurant dans notre document de travail sur la partie générale[146], nous ne croyons pas, par exemple, que la loi devrait autoriser les autorités à recourir inutilement à la force, ou à y recourir d'une manière susceptible de causer des blessures graves. La possibilité d'employer la force dans une mesure restreinte ne devrait dont pas inévitablement évoquer des images de brutalité policière. En interdisant le recours inutile à la force, par ailleurs, on reconnaîtrait que la résistance peut se présenter sous diverses formes : elle peut être purement passive (par exemple, la simple absence de consentement), ou au contraire active et violente, ou encore se situer quelque part entre ces deux extrêmes. D'autre part, en interdisant systématiquement l'emploi de la force, fût-il nécessaire, lorsqu'il risque vraisemblablement

144. Voir *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*, *supra*, note 39; *R.* v. *Sweeney (No. 2)*, *supra*, note 60; *R.* v. *Brager* (1965), 47 C.R. 264 (C.A. C.-B.). Mais voir également *R.* v. *Madden*, *supra*, note 91; *R.* v. *Shaw*, *supra*, note 47; *R.* v. *Burns*, *supra*, note 41; *R* v. *Gowland* (1978), 45 C.C.C. (2d) 303 (C.A. Ont.); *R.* v. *McCormack* (1984), 28 Man. R. (2d) 29 (C.A.), p. 32.

145. Voir The Royal Commission on Criminal Procedure, *supra*, note 11, par. 3.135, 3.136, p. 67-68, où une opinion semblable est exprimée.

146. Commission de réforme du droit du Canada, *Droit pénal : Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

de causer des blessures sérieuses, on consacrerait la nécessité de circonscrire dans des limites raisonnables les pouvoirs d'investigation de la police en matière criminelle.

Avant de passer à nos recommandations, nous tenons à souligner que suivant le régime proposé, le recours limité à la force dont nous venons de parler dans des termes généraux ne serait permis que dans la mesure où il s'agit de faire observer une ordonnance judiciaire. Autrement dit, on délivrerait l'ordonnance judiciaire en sachant que la force pourrait être employée pour l'exécuter (sous réserve des limites qui seront fixées dans le rapport sur *La partie générale*). Partant, l'emploi de la force viserait normalement a imposer la volonté du pouvoir judiciaire (et non simplement celle de la police) et il serait d'une manière générale soumis au contrôle des tribunaux.

CHAPITRE TROIS

Nos recommandations

À la lumière de l'analyse qui précède, nous avons formulé un certain nombre de recommandations en vue de réglementer, par dispositions législatives, l'application des techniques d'investigation visant la personne. Bien que nous n'ayons pas tenté d'y décrire de façon exhaustive et détaillée la manière dont cette codification devrait être effectuée, nos recommandations énoncent néanmoins les principes fondamentaux sur lesquels devrait à notre avis reposer l'établissement de tout régime de ce genre.

Nous avons exclu des recommandations présentées ci-dessous les recommandations distinctes déjà formulées au sujet de certaines méthodes d'investigation utilisées en matière d'infractions liées à la conduite des véhicules après consommation d'alcool ou de drogues. Estimant que les prélèvements effectués dans ce contexte soulèvent des problèmes particuliers, nous avons jugé bon de ne pas les traiter dans le régime général proposé ici. Aussi ont-ils fait l'objet d'un rapport distinct intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules*[147].

En proposant l'établissement de dispositions réglementant l'utilisation des techniques d'investigation applicables à la personne, nous ne recommandons nullement — il importe de le souligner — que l'observation des formalités prescrites entraîne automatiquement la recevabilité des éléments de preuve obtenus.

Voici donc les recommandations de la Commission :

Définition

1. (1) En vue de la codification législative, le terme «technique d'investigation applicable à la personne» devrait s'entendre de toute technique à l'application de laquelle une personne en situation d'autorité ou son représentant soumet, avant le jugement, une personne soupçonnée ou accusée d'avoir commis une infraction criminelle, afin d'obtenir ou de recueillir des renseignements touchant

a) soit l'état ou les caractéristiques physiques ou mentales de cette personne,

b) soit l'infraction en question.

147. *Supra*, note 85.

(2) Malgré les dispositions du paragraphe (1) de la présente recommandation, la définition du terme «technique d'investigation applicable à la personne» devrait exclure :

a) les techniques dont l'application n'exige ni le contact physique avec le sujet, ni le concours de ce dernier;

b) le simple interrogatoire du sujet;

c) la fouille externe du sujet, revêtu de ses vêtements, effectuée à la recherche de «choses saisissables», au sens donné à ce terme au paragraphe 3(1) de la recommandation 1 de notre rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*.

L'objet de cette recommandation consiste à définir le terme «technique d'investigation applicable à la personne». On trouve tout d'abord une définition générale au paragraphe (1). Seules sont visées les techniques utilisées «avant le jugement» : on ne cherche pas ici à réglementer l'utilisation de techniques qui ne sont pas véritablement liées à l'«investigation», comme par exemple les fouilles ou les méthodes d'identification auxquelles une personne déclarée coupable d'une infraction criminelle peut être soumise dans une prison ou un pénitencier avant l'expiration de sa sentence. Peut-être serait-il opportun d'envisager aussi une réforme dans le domaine des fouilles et de l'identification pratiquées après la déclaration de culpabilité, mais l'étude de cette question particulière déborde le cadre du présent rapport.

Le paragraphe (2) vient ensuite préciser cette définition. L'alinéa a) vise à établir clairement que le régime ne concerne pas les techniques qui ne portent aucunement atteinte à l'intimité du sujet, ni à son intégrité physique ou mentale. Si, par exemple, «l'examen corporel» et «la prise de photographies» constituent des techniques d'investigation applicables à la personne en vertu des alinéa a) et d), respectivement, de la recommandation 4, c'est uniquement dans la mesure où elles supposent le concours du sujet ou un «contact physique» avec lui de la part des autorités (savoir, la police) ou de leurs représentants. Par contre, l'inspection corporelle clandestine du sujet et le fait de prendre des photographies de lui à son insu ne seraient pas considérés comme des techniques d'investigation visant la personne et le régime proposé n'aurait aucune incidence à cet égard.

Les alinéas b) et c) du paragraphe (2) visent à établir clairement que le présent rapport ne concerne pas la réglementation de l'interrogatoire ni celle des fouilles et perquisitions courantes; ces techniques font en effet l'objet de deux rapports récents de la Commission : *L'interrogatoire des suspects* et *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*.

Les techniques dont l'application est interdite

2. Nonobstant toute disposition des présentes recommandations, il ne devrait en aucun cas être permis de recourir aux techniques d'investigation désignées ci-dessous :

a) l'administration d'une substance quelconque au sujet;

b) toute technique chirurgicale nécessitant la perforation de la peau ou de tissus humains;

c) toute technique destinée à extraire le contenu de l'estomac du sujet;

d) toute technique destinée à fournir une représentation par images d'une partie interne du sujet qui n'est pas exposée à la vue.

Cette recommandation vise l'interdiction absolue de certaines techniques «médicales» qui, utilisées autrement que dans un but thérapeutique seraient en soi abusives si elles étaient appliquées au sujet sans son consentement et, vu leur nature, rendraient abusif tout consentement. Seraient par exemple interdits, en vertu de l'alinéa a), les lavements, l'administration d'émétiques, l'administration du «sérum de vérité», etc. L'alinéa b) aurait pour sa part l'effet d'interdire l'extraction chirurgicale de balles, etc.; il ne vise cependant pas à interdire l'utilisation des techniques moins attentatoires à l'intégrité physique (et seulement «quasi chirurgicales») par lesquelles sont effectués les prélèvements de sang. Quant à l'alinéa c), il interdirait l'application de toute technique du type du lavement gastrique. Enfin, l'alinéa d) prohiberait l'utilisation de rayons-X, d'ultrasons ou de toute technique visant un but semblable et présentant des risques pour la santé.

Par cette recommandation, nous avons voulu limiter de manière explicite les méthodes d'investigation auxquelles peuvent recourir la police et ses représentants. Il s'agissait donc de préciser quelles techniques ne devraient en aucun cas être considérées comme des moyens admissibles de recueillir des éléments de preuve. Il n'entrait pas dans nos intentions, toutefois, d'empêcher les suspects et les prévenus de se prêter à l'application des techniques énumérées lorsqu'ils jugent que cela est dans leur intérêt; dans ce cas, en effet, on ne peut parler de «techniques d'investigation applicables à la personne» au sens de la recommandation 1, puisque ce n'est pas «une personne en situation d'autorité ou son représentant» qui tente «d'obtenir ou de recueillir des renseignements ...».

Les conditions préalables à l'application d'une technique d'investigation

3. Sauf dispositions contraires dans les présentes recommandations, le recours à une technique d'investigation applicable à la personne ne devrait pouvoir être autorisé que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) avec le consentement du sujet;

b) en vertu d'une ordonnance judiciaire rendue en conformité avec les dispositions de la recommandation 5.

Il s'agit ici d'énoncer que le *consentement* ou *l'ordonnance judiciaire* constituent les conditions normales de l'utilisation d'une technique d'investigation applicable à la personne. Le consentement est permis — et ce, même dans les cas où il pourrait être impossible d'obtenir une ordonnance judiciaire — afin que les personnes qui souhaiteraient collaborer avec la police (soit pour se blanchir, soit pour montrer qu'elles sont de «bons citoyens») puissent le faire. Dès lors qu'est assurée l'authenticité de tout consentement

(voir la recommandation 10), nous ne considérons pas comme une atteinte aux droits et libertés individuels l'application de techniques d'investigation visant la personne (sauf celles qui sont visées à la recommandation 2) sans l'obtention d'une ordonnance judiciaire. En fait, ce serait même restreindre les libertés individuelles, à notre avis, que de refuser catégoriquement aux citoyens le droit de se soumettre volontairement à l'application de ces techniques d'investigation; ce serait un peu comme si l'on interdisait aux suspects et aux prévenus de faire des déclarations volontaires à la police.

4. L'ordonnance judiciaire dont il est question à la recommandation 3 ne devrait pouvoir être rendue qu'à l'égard des techniques d'investigation applicables à la personne énumérées ci-dessous :

a) l'examen corporel du sujet, pratiqué en vue de déceler des signes particuliers pouvant être dissimulés : tatouages, blessures, cicatrices, taches de vin, et ainsi de suite;

b) l'examen visuel du corps ou des orifices corporels du sujet, pratiqué en vue de vérifier si le sujet porte ou dissimule une «chose saisissable», au sens donné à ce terme au paragraphe 3(1) de la recommandation 1 de notre rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*;

c) l'examen médical par un médecin diplômé;

d) la prise de photographies du sujet, à l'exclusion de ses parties génitales;

e) la prise d'empreintes ou d'impressions de toute partie corporelle externe du sujet;

f) le prélèvement de poils ou de cheveux du sujet au moyen d'un peigne, d'une brosse ou de ciseaux;

g) le prélèvement, sur le sujet, de rognures d'ongles ou le curage des ongles du sujet;

h) le prélèvement, sur la surface externe du corps du sujet, de résidus ou de substances par lavage, ou encore au moyen d'un tampon ou d'un adhésif, et toute tentative visant à effectuer un tel prélèvement;

i) le prélèvement d'un échantillon de salive sur le sujet, effectué dans un autre but que celui de déceler la présence de drogues ou de substances enivrantes;

j) la recherche, l'extraction et la tentative d'extraction, par un médecin diplômé, de «choses saisissables» (au sens donné à ce terme au paragraphe 3(1) de la recommandation 1 du rapport de la Commission intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*) dissimulées dans les orifices corporels du sujet;

k) la prise d'empreintes dentaires et d'empreintes de morsures;

l) la saisie de tout vêtement dissimulant les parties génitales du sujet.

Cette recommandation donne la liste des techniques d'investigation auxquelles il pourrait s'avérer utile, opportun et commode d'obliger à se soumettre une personne inculpée d'une infraction grave, dans les cas prévus à la recommandation 5 (voir également la recommandation 6). Trois catégories de techniques ont été exclues de cette énumération. La première consiste dans les techniques qui, sans être nécessairement dénuées de toute

valeur, ni «susceptibles d'interdiction» pour les raisons décrites dans les commentaires relatifs à la recommandation 2, sont, à notre avis, soit trop attentatoires aux droits individuels, soit d'une valeur insuffisante pour être autorisées autrement qu'avec le consentement du sujet (voir la recommandation 3). Appartiennent à cette catégorie les séances d'identification (dont la valeur restreinte risque vraisemblablement d'être annihilée si une personne est forcée d'y participer contre son gré) et les prélèvements de sang. La deuxième catégorie de techniques absentes de cette liste regroupe celles dont l'utilisation serait interdite suivant les dispositions de la recommandation 2. Enfin, la troisième catégorie est formée des méthodes d'investigation dont l'application suppose la participation active du sujet ou des réponses «honnêtes» et sincères de sa part, et à l'application desquelles il serait par le fait même difficile en pratique (voir les arguments présentés dans la partie VI du chapitre deux) ou inopportun (pour les raisons données dans la section I.A du chapitre deux) de l'obliger à se soumettre par ordonnance judiciaire; le consentement est donc requis dans ce cas. Mentionnons, par exemple, l'obtention de spécimens de la voix ou de l'écriture, ainsi que l'examen psychiatrique.

5. Aucune ordonnance judiciaire ne devrait pouvoir être rendue à l'égard d'une technique d'investigation visée à la recommandation 4 à moins que les trois conditions suivantes ne soient réunies :

a) la personne à qui l'on entend appliquer la technique d'investigation envisagée a été inculpée d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus;

b) il existe des motifs raisonnables de croire que le recours à la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction dont le sujet a été inculpé;

c) aucune autre méthode moins attentatoire aux droits du sujet ne peut en pratique être utilisée pour recueillir les éléments de preuve recherchés.

Cette recommandation précise les conditions exigées pour l'obtention d'une ordonnance judiciaire à l'égard des techniques énumérées à la recommandation 4. Il est indispensable que toutes trois soient remplies. Ces conditions visent à garantir que nul ne puisse être soumis à l'application de techniques d'investigation visant la personne sans que cela ne soit clairement justifié.

L'alinéa a) comporte en réalité deux conditions. En premier lieu, l'ordonnance judiciaire ne peut être obtenue que dans le cadre d'enquêtes portant sur des infractions graves. Il s'agit, pour l'application de notre régime, des infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus; nous nous sommes inspirés du critère retenu à l'alinéa 11*f*) de la Charte. Selon cette disposition, les infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus sont suffisamment graves pour justifier l'institution d'une règle de procédure spéciale à leur égard (c'est-à-dire le droit «de bénéficier d'un procès avec jury»). La deuxième caractéristique de l'alinéa a) réside dans le fait que nul ne peut être soumis à l'application d'une technique d'investigation sans avoir au préalable été inculpé d'une infraction (voir la partie III du chapitre deux).

Les alinéas b) et c) de cette recommandation sont destinés à prévenir les atteintes abusives ou inutiles aux droits individuels.

6. Par dérogation à la recommandation 3 et sous réserve des dispositions de la recommandation 12, les agents de la paix devraient être autorisés à procéder ou à faire procéder à l'application des techniques d'investigation désignées dans la recommandation 4, sans avoir obtenu d'ordonnance judiciaire à cet effet et sans le consentement exprès du sujet, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) la personne que l'on entend soumettre à l'application de la technique envisagée a été arrêtée au sujet d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus;

b) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, que le recours à la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle le sujet a été arrêté;

c) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, que le retard qui découlerait de la demande d'une ordonnance judiciaire entraînerait la destruction ou la disparition des éléments de preuve que l'on veut obtenir par le recours à la technique envisagée;

d) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, qu'il serait impossible en pratique de recourir à une autre technique, moins attentatoire aux droits individuels du sujet, pour obtenir les éléments de preuve recherchés.

Cette recommandation vise l'institution d'une *exception restreinte* à la règle énoncée à la recommandation 3 relativement à l'obtention obligatoire d'une ordonnance judiciaire ou du consentement du sujet. Selon ces dispositions, en effet, la police ne serait pas tenue d'obtenir une ordonnance judiciaire dans les situations d'urgence (voir l'alinéa c)) et serait autorisée à forcer des citoyens à se soumettre à l'application de techniques d'investigation dans des circonstances semblables à celles où une ordonnance aurait normalement pu être obtenue. L'emploi des termes «destruction ou disparition des éléments de preuve» à l'alinéa c) embrasse diverses possibilités. Seraient notamment visés le cas où le sujet voudrait intentionnellement enlever des substances dissimulées ou logées sur sa personne et tendant à prouver sa culpabilité, ainsi que la modification spontanée d'une caractéristique physique temporaire, et ainsi de suite.

Les conditions énoncées aux alinéas a), b), c) et d) sont indissociables les unes des autres. Ici encore, il s'agit de garantir que nul ne puisse être soumis à l'utilisation de techniques d'investigation applicables à la personne sans que cela ne soit clairement justifié.

Pour des raisons évidentes, il est nécessaire, suivant cette recommandation, que le sujet ait été, non pas inculpé d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus, mais simplement arrêté relativement à une telle infraction. Cette recommandation est selon nous compatible avec les dispositions de l'alinéa 450(2)*d*) du

Code criminel[148] et avec la recommandation 1 d'un prochain document de travail de la Commission intitulé *L'arrestation*[149], selon laquelle la protection d'éléments de preuve peut justifier l'exercice du pouvoir d'arrestation.

Nous tenons à souligner que si cette recommandation permet aux agents de la paix de procéder eux-mêmes à l'application de certaines techniques d'investigation dans des situations d'urgence, elle ne les dispense pas de l'obligation énoncée à la recommandation 12 en ce qui concerne les techniques devant être appliquées par des personnes qualifiées.

7. (1) Lorsqu'un agent de la paix a utilisé ou fait utiliser, en vertu des dispositions de la recommandation 6, une technique d'investigation applicable à la personne, il devrait être tenu de dresser un procès-verbal.

(2) Le procès-verbal devrait comporter les renseignements suivants :

a) l'heure, la date et le lieu où la technique a été appliquée;

b) la nature de la technique utilisée;

c) les motifs ayant incité l'agent de la paix à penser que l'application de la technique fournirait des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle le sujet avait été arrêté;

d) les motifs ayant incité l'agent de la paix à penser que le retard qui aurait découlé de la demande d'une ordonnance judiciaire aurait entraîné la destruction ou la disparition des éléments de preuve que l'on voulait obtenir par l'application de la technique utilisée;

e) les motifs ayant incité l'agent de la paix à penser qu'il était impossible en pratique de recourir à une méthode moins attentatoire aux droits du sujet pour obtenir les éléments de preuve recherchés.

(3) L'agent de la paix qui dresse le procès-verbal devrait être tenu d'en remettre une copie à la personne soumise à l'application de la technique d'investigation.

Il s'agit ici d'obliger les policiers à rendre compte de leurs actes lorsque, dans des cas d'urgence, il leur est impossible de demander une ordonnance judiciaire. Cette recommandation est semblable à l'article 23 de la recommandation 1 de notre récent rapport

---

148. En vertu de cette disposition, «la nécessité ... de recueillir ou conserver une preuve de l'infraction ou une preuve y relative» a une incidence sur la détermination de la légalité des arrestations effectuées pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, les infractions à option de procédure ainsi que les actes criminels mentionnés à l'article 483.

149. Dans un prochain document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *L'arrestation*, la recommandation 1 énonce notamment ce qui suit :

> 1. Comme cela est le cas actuellement, le pouvoir d'arrestation ne devrait être utilisé pour contraindre un accusé à comparaître devant un tribunal afin de répondre aux accusations portées contre lui que si la délivrance d'un avis écrit relatif aux procédures pénales est insuffisante à cette fin parce qu'il faut :
>
> (1) empêcher l'accusé d'entraver l'administration de la justice par tout moyen, y compris le défaut de comparution, la dissimulation de son identité, la destruction d'éléments de preuve ou la subornation des témoins ...

intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Comme nous l'avons expliqué à la page 45 de ce rapport, l'obligation de dresser un procès-verbal vise à faciliter le contrôle de la légalité des actes commis par les policiers.

8. Par dérogation aux dispositions des recommandations 3 et 5, tout agent de la paix devrait être autorisé à procéder ou à faire procéder, sans le consentement exprès du sujet, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies de ce dernier, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) si les deux conditions suivantes sont réunies :

(i) la personne dont on veut prendre des photographies ou des empreintes digitales a été inculpée d'un acte criminel et est légalement détenue, ou a été arrêtée en vertu des dispositions de la *Loi sur l'extradition*[150] ou de la *Loi sur les criminels fugitifs*[151];

(ii) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, que les formalités en question sont nécessaires pour la détermination de l'identité du sujet ou l'établissement d'une fiche signalétique;

b) si la personne dont on veut prendre des photographies ou des empreintes digitales est présumée avoir commis un acte criminel et si, croyant pour des motifs raisonnables que cette formalité est nécessaire pour l'établissement ou l'enregistrement de l'identité du sujet, on a exigé d'elle, dans une citation, une promesse, un engagement ou une sommation, qu'elle comparaisse au moment et à l'endroit désignés afin de se soumettre à l'application de ces techniques d'identification.

Cette recommandation institue elle aussi une exception restreinte aux conditions énoncées à la recommandation 3. Elle vise essentiellement au maintien des règles régissant à l'heure actuelle l'obligation de se soumettre avant le jugement à la prise de photographies et d'empreintes digitales, *en vue de l'identification*[152]. Aux termes de cette recommandation, il n'est pas obligatoire (pour les raisons données dans la partie III du chapitre deux) d'obtenir une ordonnance judiciaire spéciale. Une condition nouvelle y est toutefois énoncée : dans tous les cas, les policiers doivent être fondés à croire que la prise de photographies ou d'empreintes digitales du sujet est nécessaire pour la détermination de son identité ou l'établissement d'une fiche signalétique. Cette condition répond à deux objectifs. Premièrement, nous voulions que l'obtention d'une ordonnance judiciaire conformément aux dispositions des recommandations 3 et 5 demeure une condition obligatoire lorsque la prise de photographies ou d'empreintes digitales est effectuée dans le seul but de démontrer l'existence d'un lien entre le sujet et l'infraction faisant l'objet de l'enquête. En second lieu, nous entendions dissuader la police de recourir arbitrairement à la prise de photographies ou d'empreintes digitales lorsque l'utilisation de ces techniques s'avère manifestement inutile sur le plan de l'identification.

---

150. *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, modifiée.

151. *Loi sur les criminels fugitifs*, S.R.C. 1970, chap. F-32, modifiée.

152. Voir la *Loi sur l'identification des criminels*, *supra*, note 34, paragraphe 2(1); C.P. 1954-1109, *supra*, note 34; *Code criminel*, *supra*, note 37, paragraphes 453.3(3) et 455.5(5).

9. Toute personne que l'on entend soumettre à l'application d'une technique d'investigation devrait, en vertu de la loi, avoir le droit d'être informée, au préalable,

a) des raisons pour lesquelles on veut employer la technique en question;

b) du fait que la loi l'oblige ou non à se soumettre à l'application de cette technique.

Deux objectifs sont visés par cette recommandation. L'alinéa a) vise à faire en sorte que les personnes tenues de se soumettre à l'application de techniques d'investigation soient en mesure de comprendre la loi et ne la jugent pas arbitraire. Quant à l'alinéa b), il est destiné à garantir l'observation de la loi, en obligeant les autorités à expliquer aux citoyens quelles sont leurs obligations aux termes de la loi.

10. (1) Lorsque l'utilisation d'une technique d'investigation applicable à la personne nécessite le consentement du sujet, ce dernier devrait, en vertu de la loi, avoir le droit d'obtenir, avant de donner son consentement, les renseignements suivants :

a) la nature et le but de la technique dont on envisage l'utilisation;

b) le cas échéant, les risques véritables que comporte, pour sa santé et sa sécurité, l'application de la technique envisagée;

c) son droit de consulter un avocat avant de consentir ou de refuser de consentir à l'application de la technique envisagée;

d) son droit de refuser de donner son consentement, ou de le retirer en tout temps.

(2) Aux fins d'établir la preuve du consentement du sujet à l'utilisation d'une telle technique, les règles suivantes devraient s'appliquer :

a) la signature du sujet sur un document l'informant des faits dont il doit être mis au courant en vertu du paragraphe (1) de la présente recommandation devrait, sauf preuve contraire, faire foi de son consentement;

b) l'absence de la signature du sujet sur un document du type de celui visé à l'alinéa (2)a) de la présente recommandation devrait, sauf preuve contraire, établir qu'il n'a pas donné son consentement.

(3) L'absence de toute renonciation écrite du sujet à l'un des droits énoncés dans les présentes recommandations devrait, sauf preuve contraire, établir l'inexistence d'une telle renonciation.

Cette recommandation est dans une certaine mesure semblable à celle que la Commission a faite au sujet du consentement aux fouilles et aux perquisitions à l'article 18 de la recommandation 1 de son récent rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Cependant, comme l'utilisation des techniques d'investigation applicables à la personne est davantage susceptible de porter atteinte aux droits individuels des personnes qui y sont soumises, les mécanismes de protection prévus par cette recommandation sont

plus rigoureux. C'est ainsi que les alinéas (1)a), b) et c) et (2)b) de la présente recommandation n'ont aucun équivalent dans notre rapport sur les fouilles, les perquisitions et les saisies.

Bien que la recommandation ne précise pas qui doit donner les renseignements prescrits, nous pensons que ce devrait nécessairement être une personne qui est au courant des points mentionnés aux alinéas (1)a) et b). Le plus souvent, il s'agirait de la «personne qualifiée» chargée de l'application de la technique en vertu de la recommandation 12. Donc, dans le cas des techniques d'investigation ayant un caractère «médical», ce serait souvent un médecin. Il convient sans doute de souligner encore une fois que nous sommes opposés à l'adoption de dispositions obligeant les médecins et d'autres citoyens à procéder à l'application de techniques d'investigation et que nous reconnaissons que pour s'assurer le concours des personnes qualifiées, il est indispensable de les mettre à l'abri de toute responsabilité juridique (voir la partie IV du chapitre deux).

Les paragraphes (1) et (2) de cette recommandation visent essentiellement à garantir dans toute la mesure du possible l'authenticité du consentement donné dans les cas où son obtention est obligatoire, mais sans interdire de façon absolue l'application de techniques d'investigation avec le consentement de l'intéressé dans les cas où l'établissement d'un document en bonne et due forme s'avère impossible. Quant au paragraphe (3), son objet consiste à garantir l'authenticité de toute renonciation du sujet à ses droits, notamment ceux qui sont énoncés aux recommandations 11 et 12.

11. La loi devrait conférer à toute personne soumise à l'utilisation d'une technique d'investigation le droit à la plus grande intimité possible pendant son application, compte tenu de la nature de la technique employée.

Cette recommandation vise à garantir au maximum l'intimité des personnes soumises à l'application d'une technique d'investigation. Elle n'est cependant pas d'une rigueur absolue. En premier lieu, elle oblige à tenir compte de la nature de la technique utilisée : on reconnaît donc que le besoin d'intimité peut varier selon les cas. Il est certain, par exemple, que l'intimité doit être mieux protégée lorsque le sujet doit découvrir ses parties génitales que dans le cas de la prise d'empreintes digitales ou du prélèvement de cheveux. En second lieu, l'emploi des termes «le droit à la plus grande intimité possible» permet de prendre en considération les circonstances de chaque cas. À notre avis, il serait préférable que l'application des techniques dont l'utilisation suppose la mise à nu des parties génitales soit confiée à des personnes du même sexe que le sujet. Nous admettons toutefois qu'une règle absolue instituée à cet égard pourrait parfois poser des difficultés insurmontables (par exemple, si l'on se trouve dans une région éloignée où il y a pénurie de personnes qualifiées des deux sexes et qu'il faille agir vite) ou encore s'avérer exagérément tatillonne (notamment si la technique est appliquée par un médecin diplômé).

12. La loi devrait énoncer que toute personne soumise à l'utilisation d'une technique d'investigation a droit à ce que cette technique soit appliquée par des personnes qualifiées.

Cette recommandation vise à garantir au maximum la sécurité du sujet et la fiabilité des éléments de preuve obtenus. L'application de certaines techniques, comme par exemple le prélèvement de sang (à l'égard duquel le consentement serait exigé, suivant les dispositions des recommandations 3 et 4) peut comporter un certain risque pour la santé et la sécurité du sujet si elle n'est pas confiée à des personnes qualifiées. Par ailleurs, le recours à d'autres techniques, comme le prélèvement de cheveux au moyen d'un peigne, d'une brosse ou de ciseaux, est sujet à caution (et constitue par le fait même une atteinte inutile aux droits du sujet) si l'on n'a pas expliqué à la personne chargée de leur application la marche à suivre, les risques de contamination du prélèvement, et ainsi de suite.

Dans les cas où une technique d'investigation applicable à la personne est utilisée en vertu d'une ordonnance judiciaire rendue en conformité avec la recommandation 5, l'ordonnance pourrait selon nous préciser à l'avance qui serait «qualifié». L'application des techniques désignées aux alinéas c) et j) de la recommandation 4 devrait obligatoirement être confiée à des médecins diplômés. En ce qui a trait aux techniques d'investigation employées autrement qu'en vertu d'une ordonnance judiciaire précisant à l'avance la personne qualifiée, et à celles qui ne font pas partie des méthodes désignées aux alinéas c) ou j) de la recommandation 4, il faudra trancher après coup la question de savoir si l'application a été confiée à une personne qualifiée.

13. La loi devrait énoncer que toute personne soumise à l'utilisation d'une technique d'investigation a droit à ce que cette technique soit appliquée de façon à l'incommoder le moins possible, selon la nature de la technique utilisée et selon les circonstances.

Il s'agit ici de réduire au maximum les atteintes à l'intégrité individuelle qu'est susceptible d'entraîner le recours aux techniques d'investigation applicables à la personne. Tout comme la recommandation 11, celle-ci présente une certaine souplesse à deux points de vue. En premier lieu, elle oblige à tenir compte de «la nature de la technique utilisée»; c'est donc que la mesure dans laquelle le sujet risque d'être incommodé est variable. Par exemple, il sera beaucoup plus pénible pour le sujet de subir l'examen de ses orifices corporels et l'extraction des «choses saisissables» qui pourraient y être dissimulées, que de se faire photographier, ou de se faire prélever, par lavage, les résidus se trouvant sur ses mains. En second lieu, il faut prendre en considération les «circonstances». On reconnaît donc que le degré auquel le sujet risque d'être incommodé peut dans certains cas être amoindri, par exemple si le sujet prête son concours à l'application de la technique, et ainsi de suite.

La recevabilité des éléments de preuve

14. Les éléments de preuve obtenus en contravention de toute formalité décrite dans les recommandations précédentes et que le poursuivant entend produire à une enquête préliminaire ou à un procès sont irrecevables, à moins que celui-ci n'établisse que leur réception en preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cette recommandation est semblable à celle que la Commission a récemment présentée, à l'égard de la recevabilité des dépositions illégalement obtenues, à l'article 447.5 qu'elle propose d'ajouter au *Code criminel* dans son rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*. Son fondement et son objet ont été expliqués en détail dans la partie V du chapitre deux du présent rapport. La règle d'exclusion proposée ici s'écarte manifestement du droit actuel, en vertu duquel la recevabilité des éléments de preuve, en matière pénale, dépend de leur pertinence. En effet, le réception d'éléments de preuve obtenus en contravention des règles prescrites serait présumée déconsidérer l'administration de la justice.